

REGULAÇÃO ESTATAL
E
INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto
de Azevedo Marques Neto



REGULAÇÃO ESTATAL E INTERESSES PÚBLICOS

© **FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO**

ISBN 85-7420-372-6

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br*

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
04-2002

REGULAÇÃO ESTATAL E INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

O tema central deste trabalho são as transformações vividas pelo Direito Público.

Entendido como instrumento da ação estatal, esse ramo de direito sofre o impacto das recentes transformações do Estado em suas relações com a sociedade e com a economia.

Paralelamente, o livro desenvolve uma profunda reflexão em torno do conceito de “interesse público”. O Autor defende a impossibilidade de se sustentar hoje a idéia de um interesse público único e absoluto. Em seu lugar propõe a aceitação da existência de vários interesses públicos, legítimos, que devem ser articulados e mediados pela ação estatal. E isso torna necessário o surgimento de uma nova Administração Pública e de um novo Direito Administrativo.

Daí a inserção de novos mecanismos e instrumentos jurídicos, que são apresentados como causa e consequência desse processo – as agências reguladoras, as leis de processo administrativo e os instrumentos de participação do administrado na ação estatal – que são analisados como consequência desse processo mais profundo por que passa o Estado e a Sociedade.

 **MALHEIROS
EDITORES**

ISBN 85-7420-358-0



9 788574 203584

REGULAÇÃO ESTATAL
E
INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto
de Azevedo Marques Neto



FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO é Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo.

É Professor de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo, bem como Professor do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo.

É Membro da Sociedade Brasileira de Direito Público-*sbdp* e Autor de mais de 70 artigos técnicos na área do Direito Público, Econômico e Administrativo, além dos livros (em co-autoria):

– *Estudos sobre a Lei n. 8.666/93*, Editora Forense Universitária, 1995.

– *Direito administrativo econômico*, Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., 2002.

REGULAÇÃO ESTATAL E INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

***REGULAÇÃO ESTATAL
E INTERESSES PÚBLICOS***

 **MALHEIROS
EDITORES**

REGULAÇÃO ESTATAL E INTERESSES PÚBLICOS

© *FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO*

ISBN 85-7420-372-6

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br*

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
04-2002

*À LAURA e ao JOAQUIM,
nascidos ao longo da preparação deste trabalho.*

*E à ANA CRISTINA,
que supriu com doçura de mãe
a ausência episódica do pai dos dois.*

*Bom, deixa a filosofia em paz.
O principal problema da filosofia, em todos os tempos,
sempre foi o da necessidade de se encontrar
a relação indispensável
entre o interesse pessoal e o interesse geral.
Mas isso não tem nada a ver com nossa conversa.
Não enterramos no solo ramos de bétula;
plantamos arvorezinhas novas
que precisam de ser tratadas com cuidado.
As únicas nações com futuro,
as únicas a que se pode dar o nome de históricas,
são as que compreendem o valor das suas instituições
e que portanto as sabem apreciar.*

(Leon Tolstoi, Ana Karenina)

** * **

*Notei muitas vezes que, pelo menos na Itália,
juristas constitucionalistas e cientistas políticos
que se ocupam do mesmo tema, o Estado,
muitas vezes se ignoram reciprocamente (...).
Direito e poder são duas faces da mesma moeda.
Uma sociedade bem organizada precisa das duas.*

(Norberto Bobbio, O Tempo da Memória)

SUMÁRIO

Apresentação, 11

Introdução, 13

CAPÍTULO I – O ESTADO MODERNO, A CONCENTRAÇÃO, DELIMITAÇÃO E FINALIDADE DO PODER PÚBLICO

I.1 A concepção de Estado adotada no presente trabalho, 23

I.2 O processo de formação do Estado Moderno, 29

I.3 A concentração do poder decisório: a afirmação da soberania, 33

I.4 A delimitação do poder decisório: a separação entre o público e o privado, 41

I.5 A legitimação do poder decisório: as finalidades públicas do Estado, 50

CAPÍTULO II – O ESTADO MODERNO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: A CENTRALIDADE E A UNICIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

II.1 Introdução, 56

II.2 Direito Administrativo e Estado Moderno: a construção do paradigma, 57

II.3 A concentração, delimitação e legitimação do poder político: o interesse público, 77

II.4 O Direito Administrativo e a concretização/interpretação do interesse público, 88

CAPÍTULO III – O ESTADO DESAFIADO: TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS, SOCIAIS E POLÍTICAS CONTEMPORÂNEAS E SEUS REFLEXOS NO PODER POLÍTICO

III.1 Introdução, 100

III.2 O novo ciclo capitalista e a internacionalização da economia, 104

III.3 *A fragmentação social: emergência e afirmação dos grupos de interesse*, 115

III.4 *Os reflexos da globalização e da fragmentação no poder decisório: a crise do Estado Nacional*, 124

III.5 *A crise da noção de soberania*, 130

III.6 *A crise da dicotomia público/privado*, 133

CAPÍTULO IV – AS CRISES DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

IV.1 *Introdução*, 144

IV.2 *Os precedentes da crise exógena*, 146

IV.3 *A inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular*, 148

IV.4 *A Administração Pública frente a uma nova visão dos “interesses públicos”*, 157

CAPÍTULO V – A REPUBLICIZAÇÃO DO ESTADO

V.1 *Introdução: a discussão desfocada*, 171

V.2 *A “republicização” do poder político*, 178

V.3 *A Administração Pública na perspectiva do “Estado republicizado”*, 194

V.4 *Lineamentos de um novo paradigma de Direito Administrativo*, 196

Bibliografia, 213

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é um bom exemplo de obra coletiva de responsabilidade de um só. Muitas foram, ao longo dos últimos cinco anos, as contribuições que levaram ao seu desenvolvimento. Exclusivamente ao autor, porém, devem ser atribuídos os eventuais equívocos nele contidos.

A maturação desta tese foi mais longa do que o inicialmente pretendido. Complexo é tratar de temas que nos instigam cada manhã ao abrirmos os jornais. Abordar questões atuais implica, a um só tempo, conviver com um volume abissal de informações e com alterações tão rápidas quanto profundas. O tempo despendido, contudo, somente não foi maior em função da inestimável ajuda de todos em quem me apoiei para seguir um caminho metodologicamente válido. Se não consegui foi por incapacidade minha.

A importância do professor DALMO DE ABREU DALLARI é central. A preocupação com a crise do conceito de *soberania* foi-me despertada ainda no seu curso na graduação. Foi na sua gestão como Diretor da Faculdade de Direito da USP que se abriu a possibilidade de contar com uma Bolsa de Iniciação Científica da FAPESP – experiência que me introduziu no mundo da pesquisa acadêmica. A ele devo ainda, já sob sua orientação firme e segura – porém respeitante da autonomia do orientado –, a recomendação de que adotasse o *interesse público* como eixo condutor de nossa reflexão. Ademais, foi e é uma referência acadêmica e pessoal em que nos miramos.

Inestimável ajuda foi-me dada por aqueles que leram os originais e ofereceram recomendações, sugestões e críticas que permitiram perceber lacunas, contradições e erros que a auto-revisão já deixara perenes. Neste sentido cabe um especial agradecimento aos professores

JOSÉ EDUARDO FARIA, CARLOS ARI SUNDFELD e SÍLVIA PIMENTEL, que, além da leitura prévia, tiveram a paciência de me ouvir, pessoalmente ou em intermináveis telefonemas, nos momentos de angústia criativa.

Compilar e obter a bibliografia necessária somente foi possível com a ajuda de amigos tão eruditos quanto desprendidos. Além dos já citados, destaco em especial a gentileza da professora ODETE MEDAUAR e de FERNANDO HERREN AGUILLAR, sem os quais desta tese estariam ausentes obras fundamentais.

A redação final só foi possível com meu total afastamento dos afazeres profissionais. Para tanto foi imprescindível o apoio de todos os colegas e funcionários de meu escritório, em especial de meus sócios JOSÉ ROBERTO MANESCO, EDUARDO DE OLIVEIRA RAMIRES e MARCOS AUGUSTO PEREZ, cuja amizade, solidariedade e competência são e serão impagáveis.

Se erros há na forma final do texto, eles não são atribuíveis a ninguém mais do que ao autor. Só não são maiores e mais frequentes por força das diligentes revisões levadas a cabo, com denodo e brilhantismo inigualáveis, por MARIA APARECIDA MARTINS SILVA.

Esta tese deve muito à grande ajuda de ISABEL CRISTINA FERNANDES BOSSATO, de cuja competência na digitação, formatação e operacionalização de todo o necessário para sua materialização seria impossível prescindir.

Chegar até aqui não seria possível sem tudo o que leguei dos meus pais. À minha mãe, LUÍZA LAURINO FREITAS MARQUES, devo o ensinamento de não recusar desafios e de perseguir, sempre, o que alvito e acho correto. A meu pai, JOSÉ ANÍBAL FREITAS MARQUES, devo a iniciação nas trilhas do Direito Público e a ensinança dos valores que fazem um homem. E, é claro, as mais rigorosas e atentas críticas e sugestões de ortografia e redação advindas das seguidas leituras dos originais.

Por fim, confesso-me um homem feliz por conviver com ANA CRISTINA, que, além de esposa e mãe inigualável, leu cada uma das partes deste trabalho, antes mesmo de elas estarem prontas. Cada impasse conceitual, metodológico ou de raciocínio só foi superado com a contribuição de sua inteligência e percepção invulgares. Como se isso fosse pouco, deu-me os dois petizes a quem é dedicada esta obra. Sem a existência dos três nada disso teria sentido.

O AUTOR

INTRODUÇÃO

1. Duas constatações levaram à escolha do tema desenvolvido no presente trabalho. A primeira refere-se à visível dificuldade verificada no âmbito da Teoria Geral do Estado de perceber e absorver as transformações que vêm ocorrendo, já de há algum tempo, e mais recentemente em ritmo acelerado, na Política, na Economia e mesmo na Sociedade. Sendo a Teoria Geral do Estado nosso principal campo de reflexão teórica, motivou-nos verificar em que medida se encontram questionados os pressupostos básicos da edificação do Estado Moderno, objeto principal deste ramo das Ciências Sociais.

De outro lado, instigava-nos uma recorrente indagação: até que ponto pode se manter incólume o arcabouço teórico constituidor do Direito Público à luz das transformações por que passa o conceito de Estado?

2. A reflexão em torno destas duas linhas complementares de indagação levou-nos à constatação que vem tão bem expressada citação de Bobbio que serve de epígrafe a este ensaio. Efetivamente, tem-se verificado uma crescente indiferença entre as reflexões que são feitas na Ciência Política (e – poderíamos acrescentar – na Economia, na Sociologia) e no Direito. Mais estranhamente ainda, neste final de século, marcado por transformações que parecem desafiar fortemente os pressupostos do Estado e do Direito, nota-se que o Direito Público se distanciou da Teoria Geral do Estado, como se os dois ramos pudessem sobreviver autonomamente. É fato que a doutrina publicista não tem, em regra, se dedicado mais às questões do Estado como outrora fazia.

Com efeito, se recorrermos aos doutrinadores do Direito Público de fins do século passado, e mesmo do início deste, veremos que toda

obra doutrinária neste campo dedicava ampla atenção ao fenômeno político *Estado*. Para ficar em apenas alguns, Orlando, León Duguit, Otto Mayer ou, entre nós, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – todos eles davam grande atenção ao Estado como base indissociável da construção doutrinária do Direito Público. Com a autonomização dos ramos específicos do Publicismo e com o crescimento do temário próprio a cada uma destas áreas, passou-se a desvencilhar o estudo do Direito Público da reflexão sociológica, política e, mesmo, jurídica acerca do Estado.

3. Diante do mundo contemporâneo, marcado por profundos processos de fragmentação social, de internacionalização econômica e de transformação política, parece necessário o resgate da imbricação teórica entre o Direito Público e a Teoria Geral do Estado. Não que seja função desta edificar novas bases para aquele. Porém, não nos parece possível para os autores que trabalham o Direito Público superar seus impasses sem dar alguma atenção às transformações por que passa o Estado. E, para tanto, parece ser inevitável o recurso à Teoria Geral do Estado, ao menos quanto aos problemas com que ela hoje se depara. Neste sentido caminha o presente trabalho. Pretendemos, pois, ensaiar uma “revisitação” do Direito Público pela Teoria do Estado, só que tendo em conta os reflexos da crise desta naquele campo do Direito.

Na seara do Estado procuramos centrar nossa atenção nos aspectos vetoriais que, a partir de uma perspectiva histórica, serviram para configurar o modelo de Estado Moderno e que, ao nosso ver, prosseguem sendo os eixos centrais da Teoria Geral do Estado.

No que tange ao Direito Público, malgrado nossa reflexão poder ser aplicada a todos os seus ramos, voltamo-nos especificamente para o Direito Administrativo. Isso porque, consoante explicamos no desenrolar do trabalho, ele não só se afirma como um campo paradigmático para o modelo jurídico inerente à modernidade política, como também serve subsidiariamente a todas as demais áreas do Direito Público. É, como bem diz Héctor Jorge Escola, “o Direito Processual do Direito Constitucional”.¹

4. Nesta perspectiva, intentando uma abordagem do Direito Administrativo pela Teoria Geral do Estado, impôs-se a adoção de um dos eixos principais deste ramo do Direito para – a partir e em torno

1. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, p. 27.

dele – apontar como as transformações nos fundamentos do objeto da Teoria Geral do Estado se relacionam com e refletem nos pressupostos do Direito Administrativo.

Assim, tomamos a noção de *interesse público* como elo de ligação entre as duas áreas e como eixo condutor das reflexões aqui desenvolvidas. Poder-se-ia cogitar de trabalhar com outros eixos não menos relevantes (a tripartição de Poderes, o princípio da legalidade, por exemplo) que também passam por profundos questionamentos. Porém, a escolha da noção de *interesse público* justifica-se pelo fato de ser ela uma pedra angular de todo o Direito Administrativo. Tem sido essencial desde o surgimento do Direito Administrativo enquanto ramo autônomo do Direito. Ademais, pareceu-nos um elemento doutrinário utilizado à farta, porém pouco refletido.

De outro lado, a noção de *interesse público* guarda enorme relação com a própria afirmação do Estado Moderno. Isso porque o interesse público cumpre para o Direito Administrativo o mesmo papel que as idéias de *vontade geral* ou de *bem comum* exercem para a concepção de Estado Moderno. Como pretendemos demonstrar, a partir do momento histórico em que se concentrou e delimitou o poder político (mediante a afirmação das noções de *soberania* e de *territorialidade*) fez-se necessária a justificação deste poder. Tal justificação será encontrada nas noções totalizantes que identificam o exercício do poder com o atendimento das finalidades gerais de toda a gente.

Neste sentido, parece-nos que *interesse público* e *finalidades* (públicas) do Estado se confundem, emergindo como questões centrais numa zona comum entre a Teoria Geral do Estado e o Direito Público.

Pela sua importância central para o Direito Administrativo e por se constituir como um perfeito elo de ligação entre as duas áreas do conhecimento que aqui intentamos aproximar, a noção de *interesse público* tornou-se o fio condutor das reflexões ora desenvolvidas.

5. A interdisciplinaridade constitui forte marca das análises doravante desenvolvidas. Concordamos, portanto, com Sebastião Tojal quando afirma que a Teoria Geral do Estado deve pretender ser não uma síntese de conhecimentos, mas fundamentalmente “um conhecimento cuja apreensão demanda a interdisciplinaridade como fator de complementaridade”.² Tentamos desenvolver aqui uma reflexão em

2. *Contribuição para uma Revisão Epistemológica da Teoria Geral do Estado*, p. 185.

que o método e o método próprios à Teoria do Estado são aplicados sobre o Direito Administrativo, sem pretender, contudo, deslocar o foco do trabalho para este ramo jurídico.

Em uma palavra, imaginamos fazer uma análise do Direito Administrativo a partir da Teoria Geral do Estado – ou, se quisermos, a partir de uma reflexão sobre a crise por que passam seus pressupostos. Não alvitramos, portanto, desenvolver uma reflexão interna a esse campo do Direito, analisando cientificamente seus institutos específicos. Cogitamos, sim, de tecer uma crítica desde fora, voltando nosso foco para os elementos que estão na sua base: o modelo de Estado e de Direito inerentes à Modernidade.

6. Pretendemos, com isso, demonstrar dois pontos.

Por um lado, como a crise do Estado Moderno afeta o Direito Administrativo, obrigando a uma revisão não apenas dos seus institutos ou de seus instrumentos jurídicos, mas também dos seus pressupostos mais centrais: seu caráter unilateral (autoritário, porquanto centrado na figura da autoridade estatal e nacional), o princípio da legalidade, a tripartição de Poderes.

Por outro, demonstrar como as causas e conseqüências dessa crise, exatamente por ela colocar em xeque as bases do Direito Administrativo, oferecem importantes elementos para tentarmos apontar as perspectivas de uma reforma democrática do Estado.

7. A idéia de reforma do Estado é latente em todo nosso trabalho. Apesar disso, procuramos nos esquivar das armadilhas ideológicas que a envolvem. Para tanto, adotamos uma concepção de reforma até certo ponto pragmática, porém não resignada frente aos consensos que se têm imposto sobre o tema.

Pragmática porque reconhecemos a profundidade das transformações ora vividas, não tentando caracterizá-las como fenômenos pontuais e passageiros. Partimos do pressuposto de que as transformações que estão a ocorrer, principalmente ditadas pelo atual estágio do sistema capitalista contemporâneo, são profundas, radicais, e não caracterizam uma simples onda de modismos passageiros.

Não nos resignamos, contudo, frente às correntes ideológicas que pautam hoje o discurso reformista. Apesar de reconhecermos a efetividade de tais transformações, não vemos nelas o indicador de que o curso da história leva, inevitavelmente, à aceitação das teses ultraliberais ou economicistas que propugnavam pela supressão ou pelo me-

nosco do Estado. Muito ao revés, defendemos, aqui, que tais transformações nos dão a possibilidade de cogitar de uma transformação do papel do Estado no sentido de torná-lo substancialmente mais democrático.

Tal possibilidade põe-se na medida em que as mudanças hoje vividas permitem-nos vislumbrar um Estado mais acessível à pluralidade de interesses existentes na sociedade, mais transparente no exercício do poder decisório, e, principalmente, permitem-nos cogitar da viabilidade de um Estado redimensionado para atender às necessidades dos atores sociais excluídos dos grupos de pressão e de influência e que, efetivamente, carecem de uma função pública compensatória, distributiva e niveladora.

Neste quadrante, o presente estudo caminha no sentido de postular a possibilidade – conflitiva e incerta, como sói ser nos processos de transformação política – de um novo modelo de Estado, a partir do processo que serve de título ao presente estudo.

8. A perspectiva de reforma do Estado que desenvolveremos no curso do trabalho põe-se, portanto, como uma nova perspectiva de exercício do poder político que seja mais pública, pois (i) mais transparente, explicitando o embate de interesses que pauta a atividade de poder político e, assim, fazendo-a mais facilmente controlável pelos cidadãos; (ii) mais próxima da sociedade, porquanto mais permeável aos interesses e necessidades existentes na coletividade; (iii) enseja redefinir o que seja a esfera pública, direcionando-a ao que poderíamos chamar de “público cativo do Estado” – ou seja, aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência e que, portanto, não podem prescindir da intervenção do Estado.

Estas dimensões, que imaginamos estarem desenvolvidas nas páginas que seguem, não se amoldam ao modelo tradicionalmente autoritário de Direito Administrativo. Fazem, portanto, imprescindível a construção de um novo paradigma de Direito Público, e especialmente de Direito Administrativo. Porém, ressalte-se que as perspectivas de transformação aqui postuladas não se atêm aos limites da mudança de fluxos, regimes ou perfis de Administração Pública. Propugna-se por algo além, uma transformação no próprio perfil de Estado. Tentamos evitar, assim, incidir na contumaz confusão entre reforma administrativa e reforma do Estado. Pode-se reformar a Administração Pública sem reformar o Estado. Isso tem ocorrido, entre nós, nas últimas décadas. Porém, não nos parece possível reformar radicalmente o Es-

tado sem alterar significativamente a Administração e o arcabouço jurídico que a constitui.

Temos como certo, contudo, que o Direito Administrativo revisto e reformulado coloca-se como um vetor importante para que o devir do Estado se desloque para uma perspectiva democrática.

9. Pode parecer que haja uma lacuna no desenvolvimento do presente trabalho, na medida em que estabelecemos uma interlocução entre a Teoria Geral do Estado e o Direito Administrativo sem dedicar algumas páginas à reflexão própria à Teoria Geral do Direito e aos esforços que, no seu âmbito, têm sido dedicados a estudar os reflexos das crises aqui abordadas no Direito como um todo.

Porém, tal lacuna é aparente. Ainda que não tenhamos aberto tópicos específicos para dissertar sobre estas análises, estão elas subjacentes a todo o desenvolvimento deste trabalho. Assim, sem que tenhamos nos filiado a alguma destas abordagens, travamos um *diálogo silencioso* com autores centrais à crítica do Direito contemporânea. Selznik, Nonet, Teubner, Willke e Boaventura forneceram-nos bases analíticas e perspectivas que embasam muitas das reflexões aqui desenvolvidas. O fato de encontrarmos nas páginas seguintes apenas referências indiretas ou ligeiras alusões a estes autores decorre da constatação de que lhes dar maior atenção tornaria exorbitantemente longo o presente trabalho, para além do que a amplitude do temário já obriga.

10. Em algumas passagens se poderá dizer que efetuamos análises por demais panorâmicas. Tentamos evitar a superficialidade. Porém, em algumas situações um maior aprofundamento nos levaria a desviar do eixo adotado – a saber, o impacto da crise do Estado Moderno (em especial do Estado Nacional) no arcabouço jurídico relacionado com o aparelho decisório estatal.

Assim é que, por exemplo, tivemos que apresentar de forma pontual e concentrada os fatores que, no nosso modo de ver, denotam a crise do Estado Moderno. Cremos, contudo, que isso não comprometeu a análise desenvolvida.

11. No presente trabalho debruçamo-nos sobre processos em andamento. Disso decorrem algumas dificuldades, que procuramos superar. A primeira relativa ao risco sempre presente de estarmos confundindo expectativas com reflexões distanciadas. Tentamos evitá-lo mantendo uma postura bastante narrativa e recorrendo aos autores que

enfrentaram de maneira mais crítica cada fenômeno focado. Não deixamos, porém, de impor uma perspectiva marcadamente comprometida com a Democracia, mormente quando desenvolvemos uma análise prospectiva sobre o devir do Estado.

O segundo problema diz respeito à novidade de alguns dos fenômenos abordados e à conseqüente dificuldade de se trabalhar com uma bibliografia sedimentada. Tal óbice esperamos ter superado mesclando a bibliografia clássica com a produção mais recente e selecionando autores cuja trajetória intelectual atesta uma certa imunidade aos modismos conceituais e à sedução das teorias vanguardistas. Certamente não colacionamos todos os autores que se enquadram nesta linhagem. Porém, este foi o principal critério da seleção bibliográfica.

Isso explica, por exemplo, a razão do farto recurso à doutrina publicista italiana. Afinal, como é cediço, além de estarem tais doutrinadores no epicentro das transformações por que passa o Estado Moderno (em função do avançado estágio de institucionalização da Comunidade Européia), encontramos naquele país uma plêiade de autores que conciliam um inquestionável histórico democrático e humanista a uma notável capacidade de perceber e processar os desafios da contemporaneidade.

12. Do prisma metodológico, a estrutura do presente trabalho obedece, em alguma medida, a um movimento dialético. Isso explica – sem justificar – por que em alguns momentos da sua evolução parecemos retomar pontos já abordados.

Neste sentido, os Capítulos I e II prestam-se à apresentação dos pressupostos que constituem os modelos de Estado e de Direito Administrativo próprios à Modernidade (teses).

Nos Capítulos III e IV expomos sua antítese, indicando em um os fatores que estão a desafiar tais pressupostos (Capítulo III), e no outro o reflexo destes na noção de *interesse público* (Capítulo IV), que, como vimos, constitui o eixo condutor de nossa abordagem.

O Capítulo V não tem a pretensão de ser uma síntese hegeliana. Porém, cumpre uma função aproximada, na medida em que nele pretendemos prospectar as trilhas que antevemos para o futuro do Estado, à luz da negação histórica das teses inicialmente apresentadas.

13. Do ponto de vista da estruturação do trabalho, procuramos dividir cada capítulo em tópicos. Nestes tratamos separadamente cada ponto que entendemos necessário abordar. A numeração dos parágra-

fos indica a sucessão de raciocínios que desenvolvemos com vistas a sustentar as teses ora defendidas.

14. No Capítulo I cuidamos de apresentar qual a concepção de Estado adotada no presente trabalho, contextualizando-a historicamente. Fixadas estas premissas conceituais e históricas, apresentamos os eixos centrais da noção de Estado Moderno – ao nosso ver, a soberania (indicadora da concentração do poder político) e a separação entre esfera pública e esfera privada (denotadora da delimitação do poder político). Adotando uma perspectiva histórica, tentamos indicar como estas duas dimensões se prendem à universalização e à centralização do poder. Ainda neste capítulo inaugural procuramos estabelecer a relação entre este processo e a necessidade de legitimação, abordando a finalidade do exercício do poder a partir das idéias de *vontade geral e bem comum*.

15. No Capítulo II intentamos demonstrar a estreita relação entre os eixos básicos do Estado Moderno e o arcabouço teórico do Direito Administrativo. A partir da idéia de que ao modelo de Estado Moderno corresponde um paradigma de administrativismo, procuramos demonstrar a importância da concepção centralizada e delimitada do poder político, que explica o caráter essencialmente autoritário do Direito Administrativo moderno. Desde esta reflexão, vamos verificar como a noção de *interesse público* traduz no Direito a função que a idéia de *vontade geral* exerce na Teoria do Estado. Ainda neste capítulo expomos o caráter central que a noção de *interesse público* tem no Direito Administrativo. Na seqüência, procuramos indicar que essa noção tradicional é construída a partir de uma perspectiva homogênea, singular e absoluta, que inadmitte a existência de uma pluralidade de interesses passíveis de serem tomados, em cada contexto, como públicos. Mais ainda, procuramos demonstrar que tal concepção concebe o interesse público como necessariamente oposto e contraposto aos interesses dos particulares, sobre os quais deve ter primazia absoluta. O Capítulo II é encerrado com a demonstração de como tal concepção, extremamente dependente do princípio da legalidade (na lei viria prenotado o conteúdo de interesse público), entra em crise.

16. Dedicamos o Capítulo III a apresentar, de forma panorâmica, os fatores que, no campo econômico, social e político, desafiam o Estado Moderno. Ato contínuo, procuramos abordar como tais fatores impactam o Direito Administrativo. Para fins expositivos, os fatores

essenciais neste processo foram divididos em duas vertentes: a internacionalização da economia e a extrema fragmentação social. Isso apesar de reconhecermos que ambas são extremamente inter-relacionadas. Atores transnacionais e grupos de interesse são apresentados como categorias indicativas dos desafios postos para a centralidade e a unidade do poder político. No fechamento procuramos indicar como eles importam uma crise do Estado Nacional. E o fazemos justamente a partir dos eixos nomeados no capítulo inicial: a noção de *soberania* e a *dicotomia público/privado*, em suas diversas manifestações.

17. No Capítulo IV voltamos a refletir sobre a noção de *interesse público* e o Direito Administrativo. Seu núcleo é a demonstração dos efeitos que a crise do Estado Nacional acarreta para a noção de *interesse público*. A abordagem desta crise será feita em duas vertentes. A crise endógena, antecipada já no Capítulo II, derivada das dificuldades geradas pela crescente assunção por parte da burocracia do papel de hermeneuta do interesse público. Da crise exógena (trazida pelos fatores externos que afetam a própria centralidade e unidade do poder político) cuidamos mais detidamente neste capítulo. Vamos tentar demonstrar a inviabilidade da noção de *interesse público* como universal, absoluto e singular. Postulamos pela necessidade de sua superação por uma noção que reconheça a pluralidade e a heterogeneidade dos interesses públicos. Demonstrada a inviabilidade desta concepção, procuramos indicar como é possível edificar uma nova visão dos interesses públicos sem cair no discurso da sua preterição apenas pelos interesses privados. E o fazemos reconhecendo a existência de *interesses públicos especiais* e de *interesses públicos difusos*. Procuramos demonstrar como esses interesses transindividuais podem ser processados e articulados pelo poder político, a partir de critérios de sopesamento e verificação conjuntural de sua relevância e, principalmente, do reconhecimento das condições de hipossuficiência existentes na sociedade.

18. O derradeiro capítulo tenta ser mais que uma conclusão. Sem deixar de sintetizar as linhas antes desenvolvidas, nele procuramos prospectar como, diante dos desafios colocados, pode-se entabular uma idéia de *reforma do Estado* que leve à sua *republicação*. Como dito acima, tratar-se-ia de reenquadrar o Estado na perspectiva de ser, a um só tempo, mediador dos interesses especiais, promotor e protetor de interesses difusos. Como não poderia deixar de ser, este Capítulo V é ultimado com a indicação – apresentada de forma até certo ponto ensaística – do papel que a Administração Pública pode cumprir na

perspectiva de um Estado *republicizado*. E para desenvolver tal raciocínio tomamos por base o fenômeno das *autoridades independentes* ou das *agências reguladoras*, demonstrando como o aparecimento destas entidades pode significar, ou não, perspectivas alvissareiras para o Estado, o Direito Administrativo e, principalmente, para os interesses públicos.

19. Uma última nota cabe fazer, referente ao título que consta do pórtico deste trabalho. O desenvolvimento das questões aqui propostas foi, como sói acontecer, dificultoso. Porém, nossa maior dificuldade apresentou-se justamente no momento de batizá-lo. Muitos poderiam ser os títulos dados, pois grande é a gama de temas abordados. Todos com seu quinhão de relevância. Parece ser isso inerente à nossa proposta de caminhar por várias áreas do conhecimento. Nossa escolha deve-se a duas razões evidentes.

Uma relacionada com a adoção da noção de *interesse público* como eixo de condução do nosso raciocínio e elo de ligação entre a Teoria Geral do Estado e o Direito Público.

A outra deve-se à nossa convicção de que a superação da dicotomia público/privado não deve ser vista – com gaudio ou resignação – como indicador da irrefreável prevalência das doutrinas ultraliberais. Ao contrário – e como se prenuncia por todas as páginas que seguem –, tal superação deve ser tomada como uma oportunidade para repensar o papel do poder político e do Direito. Daí o porquê da farta utilização do termo “republicização”. Vencida foi nossa resistência a ele (ditada pela consciência dos riscos do neologismo) pela constatação de que o conceito se põe preñado de sentido e significados perfeitamente amoldados às posições ora defendidas.

Capítulo I

O ESTADO MODERNO, A CONCENTRAÇÃO, DELIMITAÇÃO E FINALIDADE DO PODER POLÍTICO

I.1 A concepção de Estado adotada no presente trabalho. I.2 O processo de formação do Estado Moderno. I.3 A concentração do poder decisório: a afirmação da soberania. I.4 A delimitação do poder decisório: a separação entre o público e o privado. I.5 A legitimação do poder decisório: as finalidades públicas do Estado.

“Existem pessoas que pensam que são a favor do Estado e outras que pensam que são contra, simplesmente porque ainda não perceberam o que o Estado realmente é.”

(Dalmo Dallari, in “Apresentação” ao livro de Alair Caffé Alves, *Estado e Ideologia*, p. 7)

I.1 A concepção de Estado adotada no presente trabalho

1. Já na parte introdutória do seu célebre *Teoria do Estado* Herman Heller adverte que não se ocuparia dos problemas do fenômeno ou da essência do Estado, pois – asseverava – “tais questões partem da idéia de que o Estado é algo assim como uma coisa invariável, que apresenta caracteres constantes através do tempo, concepção que é completamente errônea”.¹ A advertência calha perfeitamente aqui. Não pretendemos discorrer acerca da essência do Estado, nem colimamos atribuir-lhe uma definição exata, absoluta.

1. *Teoria del Estado*, p. 19.

perspectiva de um Estado *republicizado*. E para desenvolver tal raciocínio tomamos por base o fenômeno das *autoridades independentes* ou das *agências reguladoras*, demonstrando como o aparecimento destas entidades pode significar, ou não, perspectivas alvissareiras para o Estado, o Direito Administrativo e, principalmente, para os interesses públicos.

19. Uma última nota cabe fazer, referente ao título que consta do pórtico deste trabalho. O desenvolvimento das questões aqui propostas foi, como sói acontecer, dificultoso. Porém, nossa maior dificuldade apresentou-se justamente no momento de batizá-lo. Muitos poderiam ser os títulos dados, pois grande é a gama de temas abordados. Todos com seu quinhão de relevância. Parece ser isso inerente à nossa proposta de caminhar por várias áreas do conhecimento. Nossa escolha deve-se a duas razões evidentes.

Uma relacionada com a adoção da noção de *interesse público* como eixo de condução do nosso raciocínio e elo de ligação entre a Teoria Geral do Estado e o Direito Público.

A outra deve-se à nossa convicção de que a superação da dicotomia público/privado não deve ser vista – com gáudio ou resignação – como indicador da irrefreável prevalência das doutrinas ultraliberais. Ao contrário – e como se prenuncia por todas as páginas que seguem –, tal superação deve ser tomada como uma oportunidade para repensar o papel do poder político e do Direito. Daí o porquê da farta utilização do termo “republicização”. Vencida foi nossa resistência a ele (ditada pela consciência dos riscos do neologismo) pela constatação de que o conceito se põe preñado de sentido e significados perfeitamente amoldados às posições ora defendidas.

Capítulo I

O ESTADO MODERNO, A CONCENTRAÇÃO, DELIMITAÇÃO E FINALIDADE DO PODER POLÍTICO

I.1 A concepção de Estado adotada no presente trabalho. I.2 O processo de formação do Estado Moderno. I.3 A concentração do poder decisório: a afirmação da soberania. I.4 A delimitação do poder decisório: a separação entre o público e o privado. I.5 A legitimação do poder decisório: as finalidades públicas do Estado.

“Existem pessoas que pensam que são a favor do Estado e outras que pensam que são contra, simplesmente porque ainda não perceberam o que o Estado realmente é.”

(Dalmo Dallari, in “Apresentação” ao livro de Alair Caffé Alves, *Estado e Ideologia*, p. 7)

I.1 A concepção de Estado adotada no presente trabalho

1. Já na parte introdutória do seu célebre *Teoria do Estado* Herman Heller adverte que não se ocuparia dos problemas do fenômeno ou da essência do Estado, pois – asseverava – “tais questões partem da idéia de que o Estado é algo assim como uma coisa invariável, que apresenta caracteres constantes através do tempo, concepção que é completamente errônea”.¹ A advertência calha perfeitamente aqui. Não pretendemos discorrer acerca da essência do Estado, nem colimamos atribuir-lhe uma definição exata, absoluta.

1. *Teoría del Estado*, p. 19.

Não fosse a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade – de se extrair uma definição absoluta do que seja o Estado,² desvencilhada das variações e dos contextos históricos, isto não seria nem nossa ambição, tampouco nosso intento. O objeto central do presente trabalho não é, como tentamos assentar na “Introdução”, fazer uma análise conceitual ou filosófica do que seja Estado.

O conceito de Estado é um dos mais plurívocos – se não o mais – dentre os termos utilizados pelos cientistas sociais na formulação de suas teorias. Daí Sabino Cassese advertir, talvez com certo exagero, que hoje o Estado é quase só um nome, ou seja, um agregado de estruturas que “não serve a quase nada”.³

2. Devemos, no entanto, reconhecer – como o faz Odete Medauar – que “da concepção do Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração Pública centraliza-se no Direito Administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do Direito”.⁴

Deste modo, na perseguição daquilo a que ora nos propomos, coloca-se necessário, sob pena de renunciarmos a um mínimo de consistência metodológica – risco sempre presente, dada a amplitude do tema ora desenvolvido –, explicitar sob qual concepção de Estado deitamos nossa atenção.

3. Em primeiro lugar, impende ressaltar que a manifestação histórica de que nos ocupamos refere-se ao Estado Moderno.⁵ Filiamo-nos – e isto precisa ficar patente – a uma visão do Estado como realidade histórica, que só pode ser observada dentro de um contexto e em dado instante da evolução humana.

2. “Na realidade é praticamente impossível, pelo menos por enquanto, obter-se um conceito de Estado que se imponha à aceitação geral” (Dalmo de Abreu Dallari, *O Futuro do Estado*, p. 60).

3. “Fortuna e decadenza della nozione di Stato”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 1, p. 99. O autor acrescenta que: “Ed è per questo che [o termo Estado] viene utilizzato sempre in congiunzione con un sostantivo o aggettivo qualificativo: *Rechtstaat*, *Ständestaat*, *État-Providence*, *Welfare State*, *Stato Assoluto*, *Stato Representativo*, *Stato Democratico*, ...” (idem, v. 1, p. 99).

4. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 74.

5. Acerca desta polêmica, v. Norberto Bobbio, *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., pp. 65-76.

Porém, ao fixar o marco de nossa preocupação no Estado típico da era moderna não pretendemos tomar posição na polêmica da propriedade ou da impropriedade de se falar na existência de Estado precedentemente ao advento da Idade Moderna. Devemos, deliberadamente, passar ao largo desta discussão. Pautam nossas reflexões apenas os caracteres e o contorno do Estado Moderno. Não nos preocupa se esta é a única manifestação aceitável da idéia de Estado no devir das formas de organização política experimentadas pela Humanidade.

4. Cingimo-nos ao modelo de manifestação e organização do poder político que emerge dentro do processo de concentração deste poder,⁶ iniciado no ocaso da Idade Média⁷ e que vai se efetivar quando da afirmação do Absolutismo, a primeira encarnação madura de Estado Moderno.⁸

6. Neste sentido, v. Mario De La Cueva, *La Idea del Estado*, 4ª ed., pp. 50-53. Afirma o professor da Faculdade de Direito da Universidad Nacional Autónoma de México: “El Estado Moderno (...) es el resultado, por un lado, de las pugnas políticas entre los poderes medievales: la Iglesia y el Imperio, la Iglesia y el Rey de Francia, esto mismo Monarca y el Emperador, y los reyes y los señores feudales, y, del otro, de la formación de las comunidades nacionales, particularmente España, Francia e Inglaterra, comunidades asentadas sobre proporciones específicas del territorio europeo” (p. 50). Mais adiante vai o autor referir que as lutas particularmente entre Império e Igreja vão permitir a afirmação da soberania sob o prisma externo, e que a soberania sob o prisma interno só foi obtida – concluindo a afirmação do Estado Moderno – quando se logrou superar a atomização medieval do poder, a partir principalmente da assunção pelo poder político da busca do “bienestar [geral] de los hombres” (p. 52).

7. Para uma crítica desta periodização histórica a referência obrigatória é Perry Anderson, *Linhagens do Estado Absolutista*, 1986. Um dos mais célebres expoentes da historiografia marxista, Anderson procura tirar o foco das transformações que ocorrem no campo político no ocaso da Idade Média – e posterior afirmação do Absolutismo –, para privilegiar o processo de transformação dos meios de produção que estará na gênese do Capitalismo. O enfoque, ainda deveras útil nos tempos atuais, não obsta à demarcação que aqui fazemos, pois, como é óbvio, está a nos preocupar exatamente o processo de transformação nas estruturas do poder político. Sobre o tema, v., do mesmo autor também, *Passagens da Antiguidade ao Feudalismo*, 4ª ed., 1992.

8. Há – frise-se – aqueles que sustentam que só cabe falar em Estado Moderno após o advento do Absolutismo, dentre os quais podemos citar Frederico Chabod (*L’Idea di Nazione*, 1979). Herman Heller, por seu turno, coloca o marco da afirmação deste Estado na imposição, pelo poder político dos príncipes, da arrecadação tributária compulsória, independentemente da negociação ou da intermediação de outras esferas de poder típicas do período feudal – o que, de certa forma, também o aproxima da posição ora referida (cf. *Teoría del Estado*, p. 149). Afirma: “Finalmente, hacia mediados del siglo XVI, los príncipes consiguen ya emancipar por completo la base económica del poder estatal y establecen impuestos sin contar con la aprobación de los estamentos. De modo acertado, aunque sea objetable la fecha, ha puesto de relieve Dahlmann – *Politik*, p. 119 – la extraordinaria importancia de este movimiento económico en el nacimiento del Estado Moderno” (p. 149). No entanto, convence-nos – como, de

Ademais, prendemo-nos à manifestação deste processo de concentração tendo por base a Europa Ocidental, de quem herdamos boa parte da tradição política e da estrutura institucional.⁹ Dela ainda advém a inspiração do Direito Administrativo pátrio.¹⁰

Porém, a mera delimitação histórica é insuficiente para definir nossa abordagem. Quando falamos do *Estado* podemos estar referindo diversas de suas dimensões. Pode-se estar enfocando-o enquanto detentor do monopólio da violência legítima. Pode-se, de outra feita, estar privilegiando o Estado enquanto formulador de políticas públicas. Ou então como executor destas políticas. Por fim, pode-se estar privilegiando a concepção de Estado enquanto aparelho decisório, detentor de um poder vinculante dos indivíduos. É desta última aceção que nos aproximaremos, aqui.

Interessa-nos focar o Estado como núcleo que reúne a capacidade concentrada de deliberar,¹¹ politicamente, sobre a alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos amealhados junto à coletividade social com vistas, potencialmente, a atender às necessidades dispersas por essa coletividade (“bens públicos” ou “utilidades públicas”), na aceção mais ampla que se possa dar ao termo.

5. Nossa questão-chave, como dito na “Introdução”, é analisar, no âmbito jurídico, os reflexos do modo como se revela hoje o poder do aparelho decisório estatal a partir de questões específicas e frente a transformações recentes que ocorrem neste Estado e no seu meio ambiente.

resto, em outras passagens – a posição adotada por Gianfranco Poggi (*A Evolução do Estado Moderno*, pp. 30-31), que, sem prescindir da importância do Absolutismo neste processo, enfoca com igual importância os processos políticos ocorridos desde o período do final do século XII, abarcando também o período assim denominado de *Ständstaat*.

9. Mister consignar também que não estamos preocupados – ao menos neste ponto – com os contextos de Estado central ou periférico, dependente ou não. No âmbito da delimitação ora traçada, prendem-nos os lineamentos abstratos do Estado Moderno, nos limites aqui traçados.

10. Dizemos isto mais pensando nos institutos que herdamos do Direito Administrativo Francês, Português e Italiano do que na nossa filiação ao sistema de jurisdição única haurida do Direito Público Norte-Americano. Neste sentido, para que não fique em branco a ressalva, temos que referir Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., pp. 49-50.

11. Por certo, estamos nos referindo especialmente, porém não exclusivamente, ao Estado como poder de dizer monopolisticamente o Direito válido num dado território. Não nos referimos apenas a esta dimensão do monismo jurídico porque entendemos que o poder decisório estatal pode se manifestar por outros meios que não apenas diretamente pelo Direito, como veremos especialmente no Capítulo II.

Neste sentido, emerge com preponderância a noção de Estado enquanto um espaço onde se adotam decisões voltadas a controlar, coordenar, dirigir ou incentivar a sociedade.¹² Ou seja, o espaço onde se desenvolveria o poder decisório no processo de controle político e de efetivação dos fins coletivos de uma dada sociedade.

6. Nesta opção nos é de grande valia a contribuição de Gianfranco Poggi. Em sua festejada monografia sobre o Estado Moderno, após introduzir todas as possíveis ressalvas metodológicas e conceituais necessárias, o autor adota uma definição do Estado Moderno bastante próxima da que perpassa nossa análise. Concebe ele o Estado Moderno como sendo um “conjunto de disposições institucionais para fazer funcionar o governo, através de atividades contínuas e regulamentadas de indivíduos que atuam como ocupantes de cargos”.¹³

Na seqüência passa a desenvolver a questão do que é o governar e de qual a finalidade desta atividade governativa. E tal questão só será equacionada por Poggi bem mais adiante, quando observa que tais cargos, de que dependem as atividades contínuas e regulamentadas do aparelho estatal, “operam normalmente por referência a critérios de decisão e padrões de execução publicamente sancionados, não por recursos a justificações *ad hoc*”.¹⁴ Temos, portanto, que a atividade de governar pressupõe uma legitimação *a priori*, que independe da justificação permanente e casuística.

7. Esta concepção, com as ressalvas que faremos no curso do trabalho, é a que adotamos aqui. Desde logo deixemos claro que quando enfocamos o Estado – quer em si, quer na relação do aparelho estatal com os diversos sistemas situados no seu entorno – nossa atenção primordial não se volta para sua dimensão enquanto detentor do monopólio da violência legítima; nem tampouco privilegiando o Estado

12. Fica claro que, embora sem fazer necessariamente referência direta a ela, trabalhamos com a dicotomia Estado/sociedade civil. Fazemos isto por uma opção menos metodológica e mais utilitária, sem desconsiderar a bem-fundada crítica de Boaventura de Sousa Santos, para quem “a distinção Estado/sociedade civil, para além do seu simplismo e reducionismo gerais, é particularmente inadequada para analisar uma sociedade semiperiférica” (*Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 131). Não perfilhamos, aqui, integralmente o entendimento do sociólogo português. Em que pese às contradições a ela subjacentes, a dicotomia é estruturante para o raciocínio jurídico, sendo, portanto, imprescindível a ela recorrer para os fins a que nos propomos aqui. Ademais, o próprio Boaventura antepõe objeções à sua crítica à dicotomia (ob. cit., p. 123) – críticas, estas, que seu raciocínio não parece de todo refutar.

13. Gianfranco Poggi, *A Evolução ...*, p. 16.

14. Idem, *ibidem*, p. 106. Tal leitura da visão de Poggi coincide com aquela feita por Odete Medauar (*O Direito ...*, p. 76).

como formulador de políticas públicas; muito menos destacando o papel do Estado como executor de intervenções ou políticas desta ordem.

Tais dimensões não são desimportantes; muito ao contrário. Nos- so enfoque, contudo, não as alça a relevo predominante.

É que nos ocupamos do Estado enquanto detentor do monopólio do poder decisório, este entendido como a capacidade de ser o defini- dor e o implementador do que venha a constituir, num dado contexto histórico e para uma dada coletividade, as metas pretensamente co- muns a serem perseguidas, efetivadas ou simplesmente preservadas pela sociedade como um todo. Preocupa-nos menos se, na efetivação deste poder (v.g., na busca da eficácia destas posturas), o Estado ne- cessitará de monopolizar a violência, de lançar mão de políticas pú- blicas ou de aparatos para implementá-las. Repetimos que estas di- mensões são extremamente importantes no estudo do Estado. Porém, não serão elas que balizarão o enfoque do Estado no campo temático do presente trabalho, em especial porque pretendemos deter nossa atenção no arcabouço jurídico-administrativo.

8. Em suma, está a nos instigar, precipuamente, a concepção de Estado como espaço decisório voltado à atividade governativa da so- ciedade, a qual poderia ser compreendida como “o dar e receber or- dens como substância cotidiana das relações sociais”¹⁵ existentes numa dada sociedade política.¹⁶ Ou, em outros termos, uma relação de dominação se a ela atribuíssemos um sentido de “probabilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo entre pessoas dadas”.¹⁷

15. G. Poggi, *A Evolução ...*, p. 106.

16. O caráter de dominação refletido na unificação do poder no âmbito do Esta- do e da sua imbricação dentro de uma estrutura de dominação de classe vem bem ca- racterizado nas palavras de François Ewald: “De onde provém o Estado Moderno? Não de necessidades ligadas ao desenvolvimento e à transformação do aparelho produtivo, já o vimos; também não de uma ‘decisão’ tomada no topo do Estado (...). A unidade do Estado, princípio do seu funcionamento, não deve ser procurada no seu seio, nem na articulação dos seus aparelhos, mas na anatomia política que, desde e no decurso da Idade Clássica, penetra e investe o conjunto do corpo social. É ela que define o poder de classe, posto que aquilo que o caracteriza não é o facto de uma classe deter o Esta- do e seus aparelhos, mas, em conformidade com sua estratégia, o seu modo de investir o conjunto desses centros de poder, de os fazer jogar uns contra os outros para deles tirar os efeitos de poder que procura. Mas isso supõe o pôr em acção de uma anatomia política que faz dela a classe dominante” (*Foucault, a Norma e o Direito*, pp. 39-40 – a grafia segue a tradução portuguesa).

17. Adotamos aqui a definição weberiana sobre dominação (cf. Weber, *Econo- mia y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 43). Segundo o jurista alemão, “debe entenderse

9. O Estado Moderno apresenta como traço característico a con- centração do poder de coordenar e conduzir a sociedade, que se traduz num poder dentro de uma perspectiva governativa. Em outras palavras, ressaltamos uma das características que conforma o Estado Moderno, qual seja, a existência de “uma autoridade com poder sobre todas as pessoas e sobre a maioria das ações que aconteçam na área de sua jurisdição”.¹⁸

É, portanto, a partir da concepção de Estado Moderno como es- paço decisório apto ao estabelecimento de uma relação de governo que pretendemos focar as questões principais deste trabalho. Cumpre, então, verificar o processo que desaguará nesta concepção de Estado.

1.2 O processo de formação do Estado Moderno

10. O processo de afirmação do Estado Moderno é definido com concisão e maestria por Dalmo Dallari: “Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos pro- dutores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas me- nores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigên- cias de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constan- te, que só causavam prejuízo à vida econômica e social. Isto tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se con- cretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimi- tação territorial. Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com caracte- rística básica de unidade territorial dotada de um poder soberano”.¹⁹

Desta concisa demarcação extraímos alguns pontos-chave que são de enfoque obrigatório.

por ‘dominación’, (...) la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo de- terminado para mandatos específicos (para toda la clase de mandatos). No es, por tanto, para toda especie de probabilidad de ejercer ‘poder’ o ‘influjo’ sobre otros hombres. En el caso concreto esta dominación (‘autoridad’), en el sentido indicado, puede des- cansar en los más diversos motivos de sumisión (...)” (Max Weber, ob. cit., p. 170).

18. Cf., nesse sentido, Reinhard Bendix, *Max Weber, um Perfil Intelectual*, p. 323.

19. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª ed., p. 60.

II. Primeiramente, a necessidade de *unificação do poder enquanto pressuposto do seu exercício*. Falamos do *poder* não genericamente tomado, mas do poder com pendões governativos. E tal concentração – requisito de viabilidade daquelas relações de dar e obedecer de que fala Poggi – remete-nos à questão da *soberania*.²⁰

Para que isto fosse possível foi necessária, como é sabido, a formação de um espaço de governo onde se embatem, no âmbito de reunião de Estados,²¹ o governante e os representantes dos setores sociais, rompendo com a relação típica do feudalismo, baseada em vínculos pessoais de lealdade e vassalagem.²² E, em grande medida, este processo decorre da afirmação de interesses individuais decorrentes da ampliação do número de proprietários e do surgimento de uma certa irresignação destes em relação ao antigo regime.

II.1 Por outro lado, isto foi possível com a *delimitação das esferas do público* (espaço em que se decide o conteúdo das determinações de governo – v.g., de direção da sociedade) e do *privado*²³ (nas quais residem os interesses e onde estão os agentes a um só tempo destinatários e beneficiários da governação²⁴).

20. Tal passagem bem poderia ser sintetizada através da verificação de que “(...) o governante absolutista concentrou em si aquelas prerrogativas de governo que, sob o *Ständestaat*, estavam dispersas entre muitos indivíduos e órgãos privilegiados. Tinha reunido essas prerrogativas, em conjunto com as de antigas origens realengas, num sistema unitário para a formação e execução de uma política estatal, organizado como uma máquina de crescente eficácia para exercer sozinha todos os aspectos do governo e funcionar em nome e nos interesses da soberania” (G. Poggi, *A Evolução ...*, p. 87).

21. Especificamente, aqui utilizamos, como parece óbvio, o termo no sentido de representação dos estamentos sociais, consoante a aceção que tinha o conceito à época do Absolutismo. Não lhe é dada, neste passo, a concepção de estruturas de organização política, a qual é utilizada, no atacado, no restante deste trabalho.

22. Com referência à importância da emancipação dos camponeses como vetor para a desintegração do feudalismo, v. o profícuo debate travado entre Maurice Dobb e Paul Sweezy, in Rodney Hilton (org.), *La Transición del Feudalismo al Capitalismo*, 5ª ed., em especial pp. 110-121.

23. A verdade é que no advento do Estado Moderno “as instituições do Estado (primeiramente a Corte, em especial, depois o sistema ministerial e administrativo) tinham se tornado cada vez mais públicas, isto é, oficiais, sumamente distintas e relativamente visíveis. (...) Assim, o Estado afastara-se, por assim dizer, da sociedade mais vasta e instalara-se num nível mais elevado e próprio, onde pessoal e funções especificamente políticos estavam concentrados” (G. Poggi, *A Evolução ...*, p. 88).

24. O termo, emprestado de Poggi, é por nós utilizado para evitar recorrer ao termo “governabilidade” – o que nos remeteria à discussão em torno da teoria da governabilidade – e ao neologismo “governança” – que se mostra ideologicamente contaminado, por estar sendo frequentemente utilizado pelas autoridades administrativas federais na defesa das linhas adotadas na propalada Reforma Administrativa Brasileira.

12. Porém, se uma primeira demarcação entre os campos do soberano e da sociedade,²⁵ cunhada na oposição de interesses, é evidente desde o final do ápice feudal, no período de transição – e menos ainda durante o Absolutismo – não se pode dizer que a separação entre público e privado se apresenta com o conteúdo que assumiria na Modernidade.²⁶ Embora divisados os dois campos e crescentemente institucionalizado o caráter público do Estado, temos que concordar que *a sociedade civil era considerada exclusivamente um objeto adequado de governo*.

Tal realidade vai sendo alterada, em especial com o desenvolvimento do Capitalismo e o crescente deslocamento do eixo de poder no sentido da sociedade civil. Este processo, além de vincar mais e mais a dicotomia, vai obrigar o Estado a se amoldar aos interesses predominantes na sociedade, o que será crescentemente institucionalizado. Tal processo “colocaria no centro do sistema uma nova noção de ‘público’ como um domínio aberto aos membros individuais da

Em ligeira referência, quanto à *governabilidade*, v.: Claus Offe, *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*, pp. 236-260; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira*, 1995. Quanto ao segundo conceito, v.: Dewitt John, Donald F. Kettl, Barbara Deyer e W. Robert Lovan, “What will new governance mean for the federal government”, *Public Administration Review* 54/115-128, 2; Marcus André Mello, “Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal”, *Revista do Serviço Público* 120/67-82, n. 1. Acerca da contraposição entre os dois conceitos, v. *Plano Diretor da Reforma do Estado*, editado pela Câmara Setorial da Reforma do Estado, Brasília, Imprensa Oficial, 1995. V. também Caio Márcio Marini Ferreira, “Crise e reforma do Estado: uma questão de valorização do servidor”, *Revista do Serviço Público* 120/5 e ss., n. 3: “O primeiro conceito [*governabilidade*] diz respeito às condições de legitimidade de um determinado governo para empreender as transformações necessárias, enquanto que o segundo está relacionado à sua capacidade de implementá-las” (p. 5). V. também Maria Helena de Castro Santos, “Governabilidade, governança e Democracia: criação de capacidade governativa e relação Executivo/Legislativo”, *DADOS – Revista de Ciências Sociais* 40-3/335-376.

25. É digna de nota a observação de Poggi: “É claro, como seu próprio sustento e modo de vida assentavam, em última análise, na luta da plebe, os melhores consideravam frequentemente de seu interesse protestar e intervir em nome do povo – protegê-lo contra incursões e os saques dos senhores em guerra, contra as depredações das tropas mercenárias aboletadas no campo, contra as devastações da ‘peste, guerra e fome’, contra a ganância de clérigos inescrupulosos e contra a exação de tributos extorsivos pelos governantes” (*A Evolução ...*, p. 63).

26. Para uma análise da relação da Modernidade com a afirmação do modelo capitalista e as alterações sociais e políticas que este sistema passa a ensejar, v. Derek Sayer, *Capitalismo y Modernidad*, 1995.

sociedade civil, receptivo aos seus pontos de vista e interesses, e funcionando através de um confronto aberto de opiniões”.²⁷

Deste processo de amoldamento e de institucionalização vai emergir a crescente necessidade de obtenção, pelo poder político, de acatamento, de reconhecimento e de legitimação do exercício desta autoridade.

Tem-se um novo contexto da relação entre o aparelho decisório do Estado e as opiniões e interesses contidos na sociedade. A legitimação daquele “seria uma decorrência de sua representação de opiniões preponderantes na sociedade civil, a qual, pela mesma ordem de idéias, se converteria no eleitorado do sistema de governo, em vez de simplesmente o seu objeto”.²⁸

13. É neste contexto que assume importância seminal a idéia de *finalidade da atividade de governo*, o que traz a lume a questão da universalidade do poder do Estado na Modernidade e, na sua esteira, a questão-chave do presente trabalho – qual seja, o *interesse público*. É neste ponto que deverá se concentrar a maior preocupação deste trabalho.

Para se afirmar como eixo do poder político, centro do poder decisório, o Estado Moderno dependia da demonstração de que a razão de sua existência era a ação voltada ao atingimento de metas universalizantes (de toda a sociedade). A única forma de fazê-lo seria recorrendo a cláusulas abertas, a categorias totalizantes: o bem comum, a satisfação coletiva, o interesse público. Ao tema voltaremos mais adiante.

14. Estabelecidas estão, portanto, duas linhas vetoriais do Estado Moderno,²⁹ de abordagem imprescindível para o presente trabalho: a

27. G. Poggi, *A Evolução ...*, p. 94.

28. Idem, *ibidem*.

29. Inobstante adotarmos como referência de análise o conceito de Estado Moderno, cumpre reproduzir a ressalva formulada por Otto Hintze, quando assevera: “Stato Moderno è una denominazione, comune anche nel linguaggio scientifico, che sta a indicare la forma della nostra vita pubblica nell’età moderna; ma questa parola pregnante, che contiene molto più che una semplice determinazione temporale, non è del tutto chiara e unívoca quanto al suo significato vero e proprio e alla possibilità di implego, e appunto per questo ho ritenuto utile, basandomi sugli studi di storia costituzionale comparata, fare il tentativo di determinare con maggiore precisione l’essenza di quello che viene designato come ‘Stato Moderno’” (“Dallo Stato Nazionalborghese allo Stato Impresa”, in Roberto Ruffilli (org.), *Crisi dello Stato e Storiografia Contemporanea*, p. 39). A esta imprecisão esperamos contornar explicitando os principais elementos do conceito de Estado Moderno que pretendemos destacar no âmbito do desenvolvimento da tese.

idéia de soberania, a dicotomia entre esfera pública e esfera privada. Delas decorrerá o elemento (uma verdadeira terceira linha vetorial) de legitimação que permitirá estabelecer a ponte entre este modelo de Estado e a noção de *interesse público* modelada em sede do raciocínio jurídico.

Ou seja, as *finalidades coletivas que legitimam o poder decisório estatal* encontram correspondência no *interesse público balizador da atividade administrativa*.

Podemos destacar, então, que o Estado Moderno emerge após dois processos básicos e indissociáveis: a *concentração do poder* na esfera pública, a partir da afirmação da soberania (entendida como a inoponibilidade do poder frente aos outros Estados e frente aos demais pólos de poder existentes na sociedade³⁰) e a crescente separação entre esta esfera pública e esfera privada (crescente, na medida em que vão se autonomizando tais esferas). A estes dois processos vai corresponder um terceiro, relacionado com a *necessidade de legitimação racional deste poder*.

Surgem, portanto, os *três traços essenciais* que intentamos trabalhar doravante, a saber: a *concentração*, a *delimitação* e a *legitimação do poder político* – tomado aqui e ao longo deste trabalho como poder decisório que se impõe à coletividade social.

15. Cumpre, então, analisá-los. Neste ponto é bom dizer que tais dimensões só podem ser divisadas para efeito de melhor aclarar a exposição. Afinal, como já aludimos, trata-se de duas dimensões que se inter-relacionam enormemente.

I.3 A concentração do poder decisório: a afirmação da soberania

16. A soberania, como é cediço, assume no Estado Moderno importância tal que passa a ser parte da sua própria conceituação.³¹ Para

30. “A chegada do Estado Soberano quebra esta longa corrente, [das relações de lealdade feudal] esta série complexa de mediações em que se articula o poder, para deixar um espaço vazio entre o Rei e o súdito, rapidamente preenchido pela Administração, e para contrapor um soberano, que visa cada vez mais à onipotência e ao monopólio do político e do público, a um indivíduo cada vez mais sozinho e desarmado reduzido à esfera privada” (Nicola Mateucci, verbete “Soberania”, in Norberto Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, p. 1.181).

31. Recorramos outra vez ao escólio do professor Dalmo Dallari: “O conceito de soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos

Nicola Matteucci a soberania é mesmo o “conceito político-jurídico que possibilita ao Estado Moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval de poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos Estados, e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo Papado e pelo Império”.³²

17. O enfoque de Matteucci, além de dar a medida da importância da noção de soberania para o Estado Moderno, oferece-nos o engate para cuidar da dupla face deste atributo do poder. É clássica a lição segundo a qual a soberania irá sempre se afirmar por um prisma interno e por um prisma externo.

17.1 *Internamente*, na medida em que o poder do Estado não seja compartilhado com qualquer outro pólo de emanção de determinações dotadas de efetividade dentro das lindes do território desse dado Estado.

17.2 *Externamente*, na medida em que os demais Estados acatem e respeitem os limites territoriais e a subordinação de um determinado conjunto de indivíduos ao poder desse Estado.

Tanto sob o prisma interno como externo, a soberania revela-se como decorrência do mesmo processo de afirmação do poder político. Assim como o rei precisaria se afirmar contra os núcleos de poder feudal e contra as prerrogativas da Nobreza, também precisaria impermeabilizar, no âmbito do reino, seu poder em face das investidas do Papa e do Imperador.³³

18. Enfrentar o tema da soberania envolve focar o contexto do qual advieram as condições históricas da sua afirmação e, de outra banda, a construção doutrinária que a ela se seguiu.³⁴

19. Sob o prisma histórico há que se reiterar o já aludido processo de consolidação e emancipação do poder real frente às redes de

séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado” (*Elementos ...*, 19ª ed., p. 65).

32. Verbete cit., in Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, p. 1.179.

33. Fábio Konder Comparato ensina que: “O conceito de soberania, cujas raízes se encontram na Baixa Idade Média, foi utilizado pelos legistas do século XVI, sobretudo, como um instrumento doutrinário de independência do rei, tanto no plano interno – em relação às prerrogativas feudais da Nobreza – quanto no plano internacional, relativamente às pretensões hegemônicas do Imperador e do Papa” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 17).

34. Cf. Luigi Ferrajoli, “La sovranità nel mondo moderno: crisi e metamorfosi”, in Maurizio Basciu, *Crisi e Metamorfosi de la Sovranità*, p. 19. Para uma análise da evolução histórica, sob o prisma político e doutrinário do conceito de soberania, v. a ob. cit., pp. 21-58.

vassalagem dos senhores medievais – prisma interno – e frente às pretensões de poder da Igreja Católica e do Imperador – prisma externo. Esta afirmação trará como consequência a concentração do poder nas mãos do Rei e, posteriormente, do Estado enquanto espaço público autônomo e desvencilhado das prerrogativas pessoais do soberano.³⁵

O poder mitigado, fragmentado e relativizado do Rei dará lugar a um núcleo de poder – se não absoluto – ao menos centralizado e unificado,³⁶ o qual, no âmbito teórico, seria incontrastavelmente detido pelo soberano. Como assinala David Pantoja Morán, a idéia de soberania, entendida como qualidade máxima, não subordinada a nenhuma outra instância de poder, leva implícita a negação de qualquer outro poder.³⁷

Decorre daí que – segundo Herman Heller – a moderna noção de soberania permitirá uma unidade absoluta da capacidade decisória do Rei, unificando a capacidade de se fazer obedecer no aspecto político: “Este conceito, em seu aspecto positivo, significa que a unidade de vontade a que corresponde a soberania é a unidade decisória universal e suprema dentro da ordem de poder de que se trate”.³⁸

19.1 E é exatamente este viés da unidade decisória que importa destacar. Quando o Estado Moderno se afirma e consolida já está dado um pressuposto essencial: o poder que reside neste Estado – num primeiro momento na pessoa do soberano, depois na idéia de Nação³⁹ e, mais posteriormente, no próprio Estado enquanto ente dotado de personalidade própria⁴⁰ – já se encontra unificado e sobreposto, de forma

35. Cf. Werner Naef, *La Idea del Estado en la Edad Moderna*, 1973.

36. V. nota 30.

37. *La Idea de Soberanía en el Constitucionalismo Latinoamericano*, p. 11.

38. *La Soberanía*, p. 158.

39. “O culto à Nação traz consigo uma inovação fundamental na política. Num povo habituado durante tanto tempo a ver o princípio de sua unidade corporificado numa só pessoa, a pessoa Nação vai ocupar toda a extensão, todo o espaço necessário para encher o vazio e fazer mais que isso” (Bertrand de Jouvenel, *As Origens do Estado Moderno*, p. 117).

40. Tangenciamos aqui a questão da titularidade da soberania. Quanto à questão da personalidade jurídica do Estado, podemos consignar: “Entretanto, a partir da metade do século, [XIX] vai surgir na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como verdadeiro titular da soberania. E já neste século, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma das notas características, colocando-se entre os temas fundamentais do Direito Público, desenvolvendo-se uma completa teoria jurídica da soberania” (Dalmo Dallari, *Elementos ...*, 19ª ed., p. 67). Acerca do tema da personalidade jurídica do Estado é indesejável a referência a estudo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “A

plena, sobre os outros focos de poder, institucionalizados ou não, presentes na sociedade.

19.2 Neste passo é que se coloca a emergência do Estado Nacional, ou seja, o confinamento do poder político dentro de fronteiras territoriais mais ou menos definidas. Será a construção do Estado Nacional que permitirá tanto definir o conjunto de subordinados ao poder soberano, quanto delimitar a abrangência territorial de um determinado núcleo de poder político.⁴¹

De fato, parece-nos inegável que a unificação e a concentração do poder inerentes à soberania só se viabilizariam se esta unificação fosse moldada dentro de um limite preconcebido: o poder soberano será absoluto dentro de *limites territoriais razoavelmente determinados*;⁴² estes limites definirão a abrangência do poder decisório monopolizado no e pelo Estado. Será, inclusive, a partir dos limites ditados pelas fronteiras do Estado Nacional que se revelará um duplo aspecto do poder soberano.

Como ensina outra vez H. Heller,⁴³ a soberania mostra-se internamente dentro de uma ordem de poder – pela qual existe uma ordem

personalidade do Estado”, publicado na *RDP* 7/21-34. Nesse trabalho, além de esquadrihar as diferentes posições quanto à então polêmica teoria, na doutrina pátria e estrangeira, o autor sustenta com robustas razões sua posição simpática a uma “teoria realista moderada”. Ao final, após desenvolver esta linha de argumentação, apresenta uma definição do Estado, de contornos bastante ajustados ao que aqui desenvolvemos: “O Estado – diz o administrativista – constitui uma unidade no espaço, aferida pelo seu fim, em que busca o interesse comum, dos seus membros, bem como pela sua organização, como um todo único, independente dos indivíduos considerados *ut singuli*” (p. 34).

41. Sobre a contradição subjacente à Modernidade que opõe o caráter universalizante da Democracia (e suas categorias totalizantes do bem comum, interesse público, entre outras) ao “particularismo do Estado Nacional”, v. Norbert Lechner, *Los Patios Interiores de la Democracia*, p. 172.

42. Mesmo antecipando o que adiante será objeto de nossa atenção, impossível transpor este parágrafo sem fazer referência à postura de J. J. Gomes Canotilho acerca da concepção de Estado, na qual, por um lado, funde a dimensão de soberania com a de territorialidade e, por outro, as articula com a idéia de finalidades do Estado. Diz o célebre constitucionalista português: “Desde o século passado que o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um ordenamento jurídico geral cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: 1) *territorialidade*, isto é, a existência de um território concebido como ‘espaço da soberania estadual (conforme o original, edição portuguesa)’; 2) *população*, ou seja, a existência de um povo ou comunidade historicamente definida; 3) *politicidade*: prossecução de fins definidos e individuais em termos políticos. (...)” (*Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 14).

43. *La Soberanía*, pp. 118-119.

hierárquica no topo da qual está o soberano – e externamente no contexto de uma ordem contratual – na qual inexistem unidades decisórias, prevalecendo as relações de ordem contratual, circulares. Se internamente a soberania marca-se pela unicidade e imposição, na ordem externa coloca-se como corolário da independência, resguardando o poder soberano frente a qualquer tendência de submissão a outrem.

Ora, tanto o viés interno (submissão ao soberano) quanto o externo (convívio de pluralidade de entes dotados de soberania) dependem dos marcos territoriais a partir dos quais seja definido o que é ordem interna e o que é ordem externa. E isto só será possível com a delimitação de fronteiras ensejada pelo Estado Nacional.

20. Uma última nota cabe fazer a respeito da soberania. Sua dimensão doutrinária também deve ser sublinhada.⁴⁴ Malgrado ser ela, como procuramos gizar, decorrência da própria evolução histórica do poder político, determinada por fatores históricos conhecidos e já referidos, não se pode menosprezar a importância da soberania enquanto construção teórica em particular da doutrina jurídica.

Como assinala Luís Coscullela Montaner⁴⁵ logo no início do seu *Manual de Direito Administrativo*, a formação do Estado Moderno está diretamente inspirada pela obra de autores como Maquiavel, Hobbes e Bodin. Destes, emerge como necessário dizer algo sobre a contribuição de Jean Bodin.

21. A percepção de Bodin quanto à essencialidade⁴⁶ da soberania para a perfeita afirmação do Estado – ou, melhor, daquela forma específica de poder político à qual se refere: a República – é vital para toda a formulação que se seguiu no âmbito da Teoria Geral do Estado e mesmo da Teoria Geral do Direito, particularmente em suas vertentes positivistas.⁴⁷

44. Neste particular, v. Franz Neumann, *Estado Democrático e Estado Autoritário*, pp. 31-77.

45. *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª ed., p. 17.

46. Essa essencialidade vem refletida na conhecida comparação que Bodin faz entre o Estado e um navio: “Assim como o navio não é mais do que madeira, sem forma de embarcação, quando lhe tiramos a quilha, que sustenta o costado, a proa e o convés, também a República, sem um poder soberano que una todos os seus membros e partes e todos os lares e colégios, num só corpo, não é mais República” (*Les Six Livres de la République*, 12ª ed.). Acerca da noção de soberania desenvolvida por Bodin, bem como para uma análise mais aprofundada da obra do autor, é digno de cita Alberto Ribeiro de Barros, *A Teoria da Soberania de Jean Bodin*, em especial pp. 146-158.

47. Neste passo vale referir a ensinância de Miguel Reale: “Não há dúvida de que no Estado Moderno se realizou a unificação nacional do Direito, a qual se tornou pos-

Ademais, será da contribuição doutrinária que se extrairão as características que permitem perceber a soberania nas diversas manifestações do poder político que se sucederam.

De fato, deitando atenção sobre as já então visíveis concentração e unificação do poder político nas mãos do Rei e a absolutização da autoridade política, irão os teóricos divisar as características deste atributo do poder. Inicia-se – Bodin à frente – pela constatação que a soberania se caracterizará por ser o poder absoluto e perpétuo.⁴⁸

Perpétuo porquanto transcendente à pessoa do soberano, ou seja, ilimitado pela existência temporal deste, subsistindo como nexos de continuidade do poder.

Absoluto porque inadmite qualquer sujeição ou relativização, quer de ordem interna, quer externa, reconhecendo, no limite, o convívio, fora dos lindes em que se espraia seu poder, de outras ordens soberanas às quais não se submeteria.⁴⁹

22. Posteriormente, o caráter absoluto e indivisível da soberania será reforçado por Hobbes, para quem a divisão da soberania levaria à dissolução do poder, dando origem a outras pessoas soberanas. Este círculo vicioso – diz o autor – constituiria uma “verdadeira doença do corpo social”.⁵⁰

sível em virtude do primado da lei do Estado sobre os costumes, os cânones da Igreja, as convenções corporativas etc; não há dúvida de que o primado da lei está hoje consagrado pela prevacente legislação dos países cultos, com imensa e reconhecida vantagem não só para a certeza e a segurança dos direitos individuais como para o princípio da igualdade; nem resta dúvida ainda de que uma Ciência do Direito só pôde se constituir verdadeiramente tendo como base um ordenamento legal positivo liberto da multiplicidade dos ordenamentos particulares consuetudinários, que forçam a empiria ou induzem a recorrer ao falso Direito Natural, como simples arremedo de contrafação arbitrária do Direito Positivo; mas nem por todos estes motivos pode o princípio da estatalidade do Direito ser aceito fora das limitações a que nos referimos, isto é, mais do que como expressão do primado do Direito Estatal nos tempos modernos” (*Teoria do Direito e do Estado*, p. 245, apud S. B. B. Tojal, *Contribuição para uma Revisão Epistemológica da Teoria Geral do Estado*, p. 20).

48. Cf. Jean-Jacques Chevallier, *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*, p. 54.

49. Para uma análise crítica deste caráter radicalmente absoluto, uno e indivisível da soberania, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., pp. 496-497.

50. In J. J. Chevallier, *As Grandes Obras ...*, p. 74. Sobre a concepção de soberania em Hobbes, v. Paulo Roberto S. Mendonça, “O poder soberano em Thomas Hobbes”, *Direito, Estado e Sociedade, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ* 1/123-129.

E Hobbes radicaliza de tal forma a concepção de soberania⁵¹ que, a partir da formulação de que as liberdades dos indivíduos só têm sentido quando afastada a hipótese da guerra civil, ter-se-ia que a condição primaz para tal liberdade será a existência do poder que encarne a soberania e ao qual se obedeça irrestritamente.⁵²

23. Os dois caracteres da formulação original do conceito de soberania – ser absoluta e perpétua – foram sendo depois desenvolvidos pela doutrina, até se chegar à clássica formulação das quatro características básicas que hoje se tem.

Deveras, “praticamente a totalidade dos estudiosos reconhece” hoje a soberania “como una, indivisível, inalienável e imprescritível”⁵³ – o que, no nosso entendimento, não deixa de ser o desdobramento do duplo atributo constante dos Seis Livros da República. E tal afirmação a fazemos por entender que a aceção do caráter absoluto subsume tanto o caráter quanto a indivisibilidade. De outra feita, parece correlato à perpetuidade o fato de não ser a soberania alienável ou prescritível.⁵⁴

24. Voltando à conceituação de soberania, Jellinek⁵⁵ bem afirma que tal conceito cuida de uma formulação política à qual, posteriormente, corresponderá uma doutrina jurídica.⁵⁶

Dentro da formulação político-jurídica que se seguiu à construção doutrinária dos clássicos, é para nós essencial a polêmica e controvertida contribuição de Carl Schmitt.⁵⁷ Este autor adverte, dentro

51. “Le qualità attribuite alla sovranità, che insieme la rendono assoluta ben oltre la caratterizzazione fattane da Bodin, sono l’originarietà, l’irrevocabilità, l’indivisibilità e l’incomunicabilità, l’insinducibilità e l’irresponsabilità rispetto ai sudditi. Hobbes non si stanca di ripetere che il contratto da cui deriva l’obbligazione politica non è sottoscritto dal popolo con il sovrano, ma tra i singoli cittadini, che decidono a maggioranza (...) e in piena libertà. Il sovrano non può essere per nessuna ragione reso corresponsabile ed è totalmente libero nella sua azione per preservare la pace: solo questo conta” (Gian Mario Bravo e Corrado Malandrino, *Profilo di Storia del Pensiero Politico*, p. 128).

52. Cf. François Châtelet, *Histoire des Idées Politiques*, pp. 51 e ss.

53. Cf. Dalmo Dallari, *Elementos ...*, 19ª ed., p. 69.

54. Insistimos, porém, em que a quadra de características se apresenta, sob o prisma didático, irrepreensível.

55. *Teoria Geral del Estado*, p. 359.

56. Deste processo de formulação teórica sucedendo às transformações políticas não vai escapar a evolução da questão do titular da soberania.

57. Há, como se sabe, toda uma formulação que imputa ao autor o papel de formulador da teoria jurídica subjacente ao Nazismo. Para um aprofundamento sobre estas abordagens v. Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt, Teórico del “Reich”*, 1989.

da sua concepção, formulada na década de 20, que a soberania estatal “não deve ser juridicamente definida propriamente como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão”.⁵⁸

Embora tenhamos que reconhecer que, ao longo de sua obra, o autor alemão vai caminhar no sentido do Institucionalismo, há que se observar que Schimitt não abandonará de todo esta formulação que centra o conceito de soberania na idéia de monopólio do poder de decisão⁵⁹ (decisão em última instância, ou – se quisermos lançar mão de sua polêmica formulação – “decisão sobre o estado de exceção”), o que leva a se sustentar a construção, por parte do autor alemão, de um “decisionismo institucionalista” ou de um “decisionismo mitigado” na década seguinte, na medida em que vai combinar a concepção marcadamente decisionista com os traços do Institucionalismo.

É o que sustenta, com robustez de argumentos, Ronaldo Porto Macedo Jr., para quem “Schimitt não abandona totalmente o seu decisionismo ao tratar da questão da soberania. Poder-se-á falar num ‘decisionismo mitigado’ do pensador alemão a partir de 1933, nos seguintes termos: para Schimitt o Estado Social, o Estado Administrativo (...) ainda adota uma concepção hobbesiana de soberania e sobre a medida do Direito, substituiu-se, é verdade, a vontade do soberano pela vontade do social, o soberano ‘democratizou-se’ mas não há nenhuma medida de sua extensão”.⁶⁰

25. De toda forma, é a visão da soberania como decorrência do monopólio do poder decisório inoponível – quer inicialmente nas mãos pessoais e exclusivas do soberano, quer modernamente nas instituições impessoais do Estado – que nos interessa, aqui.

Como “poder supremo e independente, última instância frente à qual se devem inclinar todas as decisões que afetam a vida de uma comunidade”,⁶¹ e com o qual devem se relacionar as demais comuni-

58. Carl Schimitt, *Théologie Politique. Quatre Chapitres sur la Théorie de la Souveraineté*, pp. 39-40, apud Ronaldo Porto Macedo Jr., *Carl Schimitt e a Fundamentação do Direito*, p. 157.

59. “Después de todo lo expuesto, estamos en aptitud de afirmar que al decisionismo de Carlos Schimitt se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de voluntad” (Herman Heller, *La Soberanía*, p. 158).

60. *Carl Schimitt* ..., pp. 159-160.

61. Miguel Villoro, “Tres sentidos de la palabra ‘soberanía’”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* XII/682, n. 48.

dades políticas internacionais, o Estado soberano só poderá se afirmar num contexto em que esteja demarcada a divisão entre o núcleo deste poder centralizado e unificado e onde estejam diferenciados os meios e os fins do exercício deste poder.

É aqui que se encaixa a dicotomia entre público e privado.

1.4 *A delimitação do poder decisório: a separação entre o público e o privado*

26. A distinção entre a esfera individual e a esfera coletiva está presente, – como bem assinala Norberto Bobbio⁶² – na civilização ocidental desde tempos imemoriais.⁶³ A oposição do que é inerente à autodeterminação do indivíduo e de seu círculo de convívio mais íntimo e aquilo que diz respeito aos elos de ligação e interação deste indivíduo com os demais que com ele se relacionam cuida de algo inerente à própria existência da sociedade. Ao menos no estágio em que já se pode diferir entre aquilo que pertence ao grupo social e aquilo que pertence aos membros singulares dele integrantes.

27. Dizemos isto porque não desejamos deixar transparecer que a dicotomia em apreço teria surgido com a Modernidade.⁶⁴

O que na verdade ocorre é que, com o advento do Estado Moderno, a separação entre público e privado assume uma posição central no estabelecimento e no funcionamento do poder político. Nos dizeres de José Eduardo Faria: “A separação entre o Direito Público e o Direito Privado, que consiste numa das características mais importantes do Estado Moderno e que está na essência da noção de liberdade

62. *Estado*, ..., 3ª ed., pp. 13 e ss.

63. Para uma análise, sob o prisma da filosofia política, da dicotomia particularmente na herança grega e romana a referência obrigatória é Hannah Arendt, *Entre Passado e Futuro*, em especial pp. 156 e ss.: “A dicotomia entre o ver a verdade em solidão e isolamento e o ser capturado nas conexões e relativismos dos negócios humanos tornou-se imperativa para a tradição do pensamento político” (p. 156). A autora, analisando a tradição grega legatária de Aristóteles, consigna que “O governar a si mesmo e a distinção entre governantes e governados pertencem a uma esfera que precede o domínio político, e o que distingue este da esfera ‘econômica’ do lar é o fato de a *polis* basear-se no princípio da igualdade, não conhecendo diferenciação entre governantes e governados” (p. 158). Para uma panorâmica sobre o pensamento arendtiano acerca do binômio, ainda que centrado na oposição público/segredo, é obrigatório o recurso a Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, pp. 237-272.

64. Para uma análise da evolução da dicotomia sob o prisma do Direito, v. Guglielmo Nocera, *Il Binomio Pubblico/Privato nella Storia del Diritto*, 1989.

como atributo inseparável do indivíduo, trata o Estado como *organização institucionalizada do poder*".⁶⁵

28. Certo deve estar que este Estado com o qual nos deparamos – ou seja, o modelo de Estado inerente à Modernidade – se insere dentro do contexto histórico com o qual já nos detivemos acima. Neste contexto, coloca-se a dicotomia na base do raciocínio segundo o qual apenas na esfera pública colocam-se os poderes e o dever de implementar ou atender a necessidades coletivas. A um só tempo, desonera-se a esfera privada de tal obrigação e se justifica a outorga do poder político necessário tanto a dizer quais sejam estas necessidades coletivas atendíveis quanto para obter e gerir os meios para tanto imprescindíveis.

E, neste quadro, a importância da dicotomia entre público e privado passa a ser central, revelando-se, inclusive, em diversas outras subdicotomias, ou, nos dizeres de Norberto Bobbio, de outras "dicotomias correspondentes", a saber: liberdade e autoridade; Direito e economia; lei e contrato; justiça distributiva e justiça comutativa, e outras tantas.⁶⁶

29. Tomada dentro deste contexto histórico, a moderna separação entre público e privado manifesta-se a partir de uma necessidade operacional do sistema político e econômico emergente com a Modernidade.⁶⁷ Ao mesmo tempo em que se restringe o poder político, se permite uma fórmula para legitimá-lo.

A *exclusividade da consecução dos interesses coletivos* obriga, a um só tempo, (a) que a ação do Estado seja restrita e limitada (visto que só pode ter lugar onde houver interesse – ou benefício – geral a ser perseguido) e (b) que ela possa ser aceita pelos particulares (pois que sempre implicará sacrifício de interesses de indivíduos) na medida em que se justifique em nome de valores mais elevados, porquanto pertencentes a todos, quer como soma das unidades (Rousseau), quer como uma totalidade superior (Hegel).⁶⁸

65. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, p. 64, nota 2.

66. Norberto Bobbio, *Estado*, ..., 3ª ed., pp. 15 e ss.

67. Jürgen Habermas, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, p. 12. A obra é importante na construção de diversas outras passagens deste tópico. Para uma análise tanto da relação entre a Modernidade e o modelo capitalista como da abordagem habermasiana, v. Jacques Bidet, *Teoria de la Modernidad*, pp. 71-77 e 88-104.

68. V., neste sentido, J. D. Mabbott, *O Estado e o Cidadão*, p. 174. V. também Leandro Konder, *Hegel: a Razão Quase Enlouquecida*, pp. 63-64. A importância de Hegel neste processo é bem divisada por Giannini quando afirma que o filósofo ale-

30. A dicotomia entre público e privado está presente em outros campos da vida humana.⁶⁹ Na seara que aqui nos importa – a político-institucional – ela implica uma reserva de poder ao soberano (poder autolimitado mas efetivo, pois dentro destes limites os interesses dos particulares lhe são inoponíveis) e uma reserva de liberdade aos indivíduos (que podem exercer tal liberdade e iniciativa no campo de domínio privado – v.g., o mercado).

Como nos ensina Pietro Barcellona: "Toda a estrutura do relacionamento social que se institui entre a nova classe burguesa e os outros extratos sociais (...) é marcada por uma profunda contradição, que exprime a tensão entre a necessidade de formalização, por um lado, de uma instância igualitária e a necessidade de garantir, ao mesmo tempo, um sistema de diferenciação social fundado sobre o processo privado e sobre o caráter privado da produção e circulação da riqueza".⁷⁰ Esta contradição, releva dizer, perpassa toda a tensão público/privado: a universalidade (política) pretendida pela esfera pública contrasta com o individualismo (econômico) da esfera privada.

31. A separação entre as esferas pública e privada se manifestará, portanto, pela definição da primeira como o predomínio da vida econômica e da ação do indivíduo (despejada da imposição de limites e controles), e da segunda como o campo de exercício deste poder, restrita à imposição de regras de convívio e de gestão da coletividade naquilo que, ao longo do tempo, foi-se fazendo necessário para a manutenção das condições básicas de preservação do sistema econômico e social.⁷¹

mão tem um papel central na *afirmação da primazia* do público como "um organismo com vida, fins e meios superiores aos indivíduos que o compõem, sendo um ente público por excelência, que não tem ninguém por sobre ele salvo na medida em que o aceita" (*El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas*, p. 72).

69. Para uma digressão do tema sob o enfoque da vida pública e da vida privada – ou seja, acerca dos reflexos da dicotomia na vida social – v. Richard Senet, *O Declínio do Homem Público*, em especial pp. 15-44.

70. *Dallo Stato Sociale allo Stato Immaginario*, p. 156 (trad. nossa). E completa o autor: "In questi termini la sfera della statualità è quella che meglio consente di vedere come si articoli la dialettica fra unità dello Stato e molteplicità degli interessi, e come la sfera statale sia il 'campo gravitazionale' che definisce i rapporti e le tensioni fra le diverse sfere sociali: sfera economica e sfera politica. In realtà, *senza la separazione di economia e politica non sarebbe neppure pensabile la possibilità di conciliare, nell'ambito della medesima forma sociale e statale, l'istanza dell'eguaglianza e il mantenimento del sistema delle differenze fondato sui possessi privati*" (p. 157).

71. "La distinction public/privé implique une représentation dichotomique, bipolaire, de la vie sociale. La société est censée être formée de deux sphères distinctes,

32. Para efeito do que ora nos interessa, a feição que assume a dicotomia sob o prisma político (a partir do advento da Modernidade) revela-se basicamente através da despatrimonialização e da despessoalização do poder. A primeira dizendo com a forma de operação; e a segunda, com a condição de ascensão e titularidade deste poder.

Esta dupla característica do poder político moderno (despatrimonializado e despessoalizado na esfera pública) leva, inclusive, alguns autores – como João Carlos Brum Torres – a aludir que o Estado Moderno se apoiaria em três eixos: a idéia de soberania, a despatrimonialização do poder e a despessoalização deste poder.⁷²

Ao nosso ver, a tipificação adotada pelo autor em apreço revela-se apenas parcialmente adequada. Isto porque, presas a estes mesmos processos e guardando íntima relação de semelhança, parece-nos que a despatrimonialização e a despessoalização são apenas faces distintas de um mesmo processo, momentos sucessivos no avanço do Estado Moderno.⁷³

Tanto a despatrimonialização – um dos principais legados da análise weberiana⁷⁴ – quanto a despessoalização situam-se, ambas, den-

séparées par une cloison étanché: d'un côté, la sphère privée, fondée sur la libre initiative individuelle et structurée autour des rapports d'interaction qui se nouent entre les individus et les groupes; de l'autre, la sphère publique, condensant les rapports d'autorité et de contrainte, qui intègre l'ensemble des fonctions de direction et de gestion de la collectivité. Cette représentation est indissociable d'une rationalisation des modes d'organisation sociale et politique, traduite en Europe par l'apparition de l'État: tandis que le monopole public de la contrainte contribue à l'élimination de la violence des rapports sociaux, la reconnaissance d'une zone d'autonomie individuelle constitue un moyen de protection face au pouvoir; la différenciation du public et du privé relève ainsi de cet 'art de séparation' qui, comme l'a montré Walzer, est au coeur de la pensée libérale" (in Jacques Chevallier (org.), *Public/Privé*, p. 6).

72. Cf. João Carlos Brum Torres, *Figuras do Estado Moderno*, p. 46. Nesta monografia o autor se debruça sobre as formas de representação política no Ocidente a partir especificamente do Estado Moderno.

73. O próprio Brum Torres acaba por denunciar, ainda que indiretamente, a fragilidade desta tríptica enunciação de balizas do Estado Moderno um pouco mais adiante, ao afirmar: "É claro que não é fácil distinguir nas Monarquias feudais os elementos pessoais dos patrimoniais, o que torna sutil e nem sempre clara a diferença entre os processos de despatrimonialização e de despessoalização do poder" (*Figuras ...*, p. 68).

74. Voltaremos a focar a contribuição de Max Weber para o presente trabalho. Por ora, para não deixar perigosa lacuna na referência, vale citar o seguinte ilustrativo trecho da obra maior do sociólogo alemão: "[na dominação legal racional, que o autor adverte tratar especificamente como a forma de administração moderna – p. 173] rige el principio de la separación plena entre el cuadro administrativo y los medios de administración y producción. Los funcionarios, empleados y trabajadores al servicio de una Administración no son propietarios de los medios materiales de administración

tro do processo de separação entre o público e o privado, guardando também um nexo de relação com o processo de concentração e unificação do poder.

33. A partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – v.g., o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano e nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade.

A relação entre estes processos é muitíssimo bem divisada por José Eduardo Faria, que assevera: "Produto das Revoluções Norte-Americana, 1776, e Francesa, 1789, ambas fazendo da centralização e da objetivação do poder, da unificação e da estatização das fontes do Direito, da soberania nacional e do império da lei, da calculabilidade e da segurança nas relações sociais, da institucionalização das funções normativas e da profissionalização das atividades judiciais e do reconhecimento das garantias individuais e da consagração das liberdades constitucionais suas principais palavras-de-ordem, tal estratégia tem por objetivo oferecer uma engenharia institucional capaz de promover uma racionalização global da vida coletiva e da vida individual. Racionalização essa que irá afirmar o primado do público, no plano formal, e o primado do privado, no plano substancial, propiciando assim a autonomização da *economia*, onde os homens se apresentam contrapostos na busca da máxima satisfação de suas necessidades, com relação à *política*, esfera na qual se 're encontram' em torno de valores gerais e comuns – o que permite descaracterizar os conflitos sociais como uma 'guerra mortal' e, através de procedimentos formalizados, convertê-los num jogo representativo, partidário e judicial".⁷⁵

34. O que advém de todos e deveria, nesta linha de raciocínio, ser direcionado para todos – portanto, sendo coletivo, geral, impessoal; em uma palavra: *público* – tem de ser único. A partir da construção moderna, marcadamente liberal, retratada por Faria no trecho retro-

y producción, sino que reciben éstos en especie o dinero y están sujetos a rendición de cuentas. Existe el principio de la separación completa entre el patrimonio público, del cargo (o de la explotación: capital), y el patrimonio privado (hacienda individual) y entre la 'oficina' y el 'hogar'" (*Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 175).

75. *Direito ...*, pp. 77-78.

transcrito, a pluralidade seria inadmissível, pois, subtraída a idéia de universalidade e generalidade, emergiram as contradições subjacentes à diversidade social, fazendo explicitar a inter-relação entre o exercício do poder e a pessoa ou grupo que o detém.

Daí o monopólio do poder decisório. Daí a exclusividade na consecução de interesses coletivos. Daí o monismo jurídico. Daí a unicidade e perpetuidade (e, se quisermos, a indivisibilidade, a inalienabilidade, a imprescindibilidade e outros predicados) do poder do Estado. Daí a necessidade da construção teórica da soberania como elemento de exercício exclusivo (totalizante) do poder político em face dos indivíduos.⁷⁶

35. Interessante notar que a dicotomia entre público e privado,⁷⁷ central ao Estado Moderno, não implica mera retomada dos valores romanísticos. Nem tampouco um mero reflexo da superação do modelo social do feudalismo.

Sem deixar de ser uma e outra coisa, a dicotomia é mais. É a fórmula que o poder político moderno encontra para se legitimar e para permitir a aceitação, a preservação e a reprodução do sistema sócio-econômico emergente.⁷⁸

36. Dito de outro modo, a centralidade da separação entre estas duas esferas decorre, de um lado, da necessidade, ditada pela afirmação do modelo capitalista, de um espaço de atuação livre dos agentes econômicos e, de outro, da já aludida tensão pela restrição do exercício do poder político e conseqüente afirmação da esfera de autonomia

76. Hannah Arendt deixa bastante claro esse caráter monopolista e totalizante da soberania. Embora devamos reconhecer que seu pensamento é sobremodo influenciado pelo fenômeno totalitário vivido pela autora – totalitarismo, este, que levou aos limites da barbárie a idéia totalizadora da soberania –, a filósofa assevera que: “Essa identificação de liberdade com soberania é talvez a conseqüência política mais perniciosa e perigosa da equação filosófica de liberdade com livre arbítrio. Pois ela conduz à negação da liberdade humana (...) ou à compreensão de que a liberdade de um só homem, de um grupo ou de um organismo político só pode ser adquirida ao preço da liberdade, isto é, da soberania, de todos os demais. (...) Onde os homens aspiram a ser soberanos, como indivíduos ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, seja ela a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a ‘vontade geral’ de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar” (*Entre Passado e Futuro*, p. 213).

77. Para uma interessante abordagem da dicotomia sob a perspectiva de gênero, v. Michelle Perrot, “Public, privé et rapports de sexes”, in J. Chevalier (org.), *Public/Privé*, pp. 65-73.

78. V., neste sentido, Derek Sayer, *Capitalismo y Modernidad*, 1995.

dos indivíduos.⁷⁹ Tais processos vão estar refletidos, é óbvio, no modelamento do Estado correspondente à Modernidade.

Tanto a despatrimonialização quanto a impessoalização do poder são decorrentes deste processo. Advêm do aumento da resistência – ou da tensão – que os destinatários deste poder antepõem ao seu exercício.⁸⁰

À crescente afirmação do soberano, tendente a monopolizar o poder político e o manejo do público, vai corresponder o entrincheiramento do indivíduo no âmbito da esfera privada. O que leva Nicola Matteucci, dando respaldo à nossa abordagem, a considerar que “a chegada do Estado soberano e a emancipação do indivíduo do papel e do *status*, a ele atribuídos para sempre pela sociedade, são fenômenos concomitantes, por serem fortissimamente dependentes”.⁸¹

37. A individualidade burguesa – ou, se quisermos, a burguesia enquanto classe – passa a pressionar por uma mais precisa demarcação de quais seriam os limites do poder político (titularizado pelo soberano) e do que seria a esfera de atuação – e, por tabela, de financiamento e de autoridade – deste poder. Tais limites só podem ser estabelecidos se tivermos este poder nitidamente identificado e divisado. Impende, portanto, sua unificação, quer frente aos outros pólos de poder internos ao território, quer frente a outros entes detentores de poder político externos.

38. Daí a relação estabelecida entre o surgimento do Estado moderno e (i) a dimensão da soberania e (ii) a afirmação política dos atores privados que passam a oferecer resistência ao poder despejado do regente de ocasião.

79. Acerca da importância da separação das esferas do público e do privado para a emancipação do poder político das antigas estruturas do *Ancien Régime*, sob o prisma da atividade dos juizes, v. Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juizes*, p. 14.

80. Tal tensão – ou dualismo – entre governante e plebe, aliás, é refletida também na análise que Gianfranco Poggi, aludindo à obra de Otto von Guericke, faz do período de *Ständestaat* como etapa do desenvolvimento do Estado Moderno (cf. G. Poggi, *A Evolução ...*, pp. 59-63). O autor ressalva, contudo, que, “politicamente falando, a grande maioria da população não se apresentava como constituinte ou participante do sistema de governo mas tão-somente como objeto do governo” (p. 63). Apesar desta ressalva, mais adiante vai asseverar o professor da Universidade de Edimburgo: “Não obstante, já em finais do período feudal, as populações rurais em vários lugares tinham ensaiado os meios de gerar solidariedade politicamente efetiva entre iguais sem poder” (p. 67).

81. Verbete “Soberania”, in Norberto Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, p. 1.182.

Este processo é bem exposto por Jürgen Habermas, para quem: “O Estado Moderno é essencialmente um Estado de impostos, a administração financeira é o cerne de sua administração. A separação daí resultante entre os bens da Casa Real e os bens do Estado é modelar para a objetivação das relações pessoais de dominação”.⁸² Para o autor alemão é com esta separação entre o patrimônio do soberano e o patrimônio geral de todos que se criam as condições para a abstração e impessoalização do poder, com a consolidação do que chama de “esfera pública no sentido moderno”, ou seja, “a esfera do Poder Público”.

39. Não há como negar, portanto, a imbricação entre a moderna idéia de soberania e a demarcação entre o público e o privado (ou, em outras palavras, entre o Estado e a sociedade civil⁸³) – ambas, noções típicas da Modernidade. Enquanto no final da Idade Média poder-se-ia entender por soberania apenas a proeminência do rei em relação aos outros detentores de poder político (“chascuns barons est souverain en as baronie; le rois est souverains par dessous tous”⁸⁴), com o advento do Estado Moderno as relações hierárquicas e estamentais do feudalismo perdem espaço e o vácuo deixado entre rei e súdito vai ser ocupado pela Administração, ou seja, pelas instituições do Estado.

40. Aqui, calha perfeitamente a perspectiva weberiana. É remansoso o fato de que à Modernidade corresponde o modelo de dominação legal racional dentro dos quadrantes típicos desenvolvidos por Weber.⁸⁵ Afinal, tanto a abstração formal inerente a este modelo de dominação quanto as suas estruturas e instrumentos (principalmente o

82. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, p. 31.

83. Boaventura de Sousa Santos critica o dualismo conceitual entre Estado/sociedade civil por entendê-lo “prenhe de contradições e sujeito a crises constantes”. Não deixa o autor, contudo, de observar que muitos autores consideram este dualismo (ou dicotomia, para ficar no conceito de Bobbio) o mais importante do moderno pensamento ocidental, o que torna bastante relativa sua crítica (cf. *Pela Mão de Alice*: ..., 3ª ed., 1995, pp. 117-122).

84. Beaumanoirs, “Livres des Coutumes et Usages du Beauvoisis”, *apud* Georg Jellinek, *Teoria* ..., p. 337.

85. “Los elementos de la crítica weberiana son conocidos: la administración de tipo burocrático corresponde a un especial tipo de poder, el racional legal, que se identifica con el Estado Moderno. (...). El tipo de administración del poder legal-racional tiene, además, como es sabido, unas características especiales, tales como la organización jerárquica, la impersonalidad formalista, la imparcialidad, la separación entre administración y política; y sobre todo el monopolio de las funciones públicas por parte de los aparatos administrativos” (Giorgio Rebuffa, “La crisis de los modelos descriptivos del Derecho Público”, in Roberto Bergalli (org.), *El Derecho y sus Realidades*, Barcelona, PPU, p. 324).

aparato burocrático) refletem a prévia dicotomização entre as duas esferas ou entre os dois campos de manifestação dos poderes sociais.

A separação entre o espaço público e privado – entendidos sob o prisma político como espaços distintos de atribuições, capacidades e prerrogativas – é que permite compreender o enfoque dado por Weber ao papel da burocracia enquanto elemento de operação do monopólio decisório. Será a burocracia profissional – consoante a matriz weberiana, com sua pretensão de impessoalidade⁸⁶ – que suprirá o vácuo deixado na estrutura de poder político pelo perecimento da estrutura estamental medieval.⁸⁷

É desta separação público/privado que decorrem várias características do Estado Moderno, como, por exemplo, (i) a rigorosa delimitação de competências e do poder de decisão política; (ii) a proteção aos agentes que exercem funções de poder; (iii) a estrutura hierarquizada e impessoal de distribuição do poder; (iv) o recrutamento meritocrático para exercício das funções de poder (ou seja, funções públicas); (v) o sistema de remuneração fixa destes agentes; (vi) os mecanismos de controle e de responsabilidade pela autoridade com relação às funções públicas; (vii) os mecanismos objetivos de ascensão destes agentes; e – o mais importante – (viii) a separação entre a função e o homem que a ocupa, erradicando-se o sistema de propriedade dos cargos ou meios de administração pelo que deles se ocupa.⁸⁸ Em uma

86. Para uma crítica que leva à demonstração da superação do paradigma weberiano é imprescindível o recurso a Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, v. II, pp. 193-247. Em grande medida, as linhas mestras desta crítica serão utilizadas no Capítulo IV, quando estivermos abordando exatamente o processo de crise do Estado e da Administração Pública modernos, mormente a partir das insuficiências da teoria weberiana à luz do mundo contemporâneo.

87. “Um segundo atributo da burocracia moderna é sua concentração dos meios de administração. Ao empregar a mesma terminologia que Marx, Weber pretendia ressaltar que este processo de concentração ocorrerá não só na economia, mas também no governo, no Exército, nos partidos políticos, universidades e mesmo na maioria das organizações de grande porte. Conforme aumenta o tamanho dessas organizações, os recursos para dirigi-las são tirados das mãos de indivíduos e grupos autônomos e colocados sob o controle de uma minoria dirigente, em parte porque esses recursos ultrapassam a capacidade financeira dos indivíduos” (Reinhard Bendix, *Max Weber*, ..., p. 330).

88. Cf. Julien Freund, *Sociologie de Max Weber*, 3ª ed., p. 206. Diz ainda o autor que “La bureaucratie moderne s’est développé sous la protection de l’absolutisme royal au début de l’ère moderne. Les anciennes bureaucraties avaient un caractère essentiellement patrimonial, c’est-à-dire que les fonctionnaires n’y jouissaient pas des garanties statutaires actuelles ni d’une rémunération en espèces. La bureaucratie que nous connaissons s’est développé avec l’économie financière moderne, sans que l’on puisse ce-

palavra – já que voltaremos a esse ponto –, será desta separação que admirará grande parte dos elementos constituintes do arcabouço teórico sobre o qual se assenta o paradigma de Direito Administrativo que conhecemos.

41. Será dentro deste quadro que emergirá o poder do Estado traduzido como poder público, como monopolizador do poder governativo.

A demarcação entre o público e o privado, entre poder político e vida social (fruto do perecimento de toda a teia de complexas e difusas relações de dependência e poder medievais), é imprescindível para o exercício do poder unificado de forma soberana. E isso porque, como visto, a única forma de se estruturar a inoponibilidade frente ao poder concentrado no Estado será demarcando-se qual o espaço de prevalência dos interesses dos indivíduos (esfera privada) e qual o espaço de realização das aspirações, necessidades e potencialidades do todo, da coletividade (esfera pública), dotada de uma – digamos assim – “plenipotencialidade restrita”.

Pode o poder político agir com unilateralidade e coercitividade, tem ele, para tanto, meios de efetividade (prerrogativas estatais), mas dentro de limites predeterminados (ainda que crescentemente ampliáveis, como a História demonstrou).

42. Neste passo é que se encaixa a construção das finalidades do Estado, tomadas a um só tempo como elemento legitimador da esfera pública e de demarcação dos limites da ação do Estado.

1.5 A legitimação do poder decisório: as finalidades públicas do Estado

43. Pois bem, estabelecido para nós que a noção do Estado Moderno, para o desenvolvimento do presente trabalho, se prende a duas noções-chaves, intimamente inter-relacionadas – a saber, a de soberania e a de separação entre esfera pública e esfera privada –, podemos afirmar que estes dois fatores se ligam a um único processo tendente à universalização do poder.

pendant établir un lien unilatéral de causalité, car d'autres facteurs entrent en ligne de compte: la rationalisation du droit, l'importance du phénomène de masse, la centralisation croissante due aux facilités de communication et aux concentrations des entreprises, l'extension de l'intervention étatique aux domaines les plus divers de l'activité humaine et surtout le développement de la rationalisation technique.”

Esta universalização vai se revelar não só na justificativa da origem deste poder (a partir da substituição das justificações divinas ou de cunho tradicional em favor da racionalização do poder contraposto com o rompimento dos vínculos de lealdade pessoal típicos da fase precedente), como também na necessária justificativa para a continuidade e o exercício deste poder.⁸⁹

Dito de outro modo: ao mesmo tempo em que o acesso ao poder passa a ser teoricamente universalizado – inicialmente com a emergência do “Terceiro Estado”, e posteriormente com o desenvolvimento das teorias democráticas – surge a preocupação de se recobrir o manejo deste poder com um caráter generalizante, totalizante, expressado nas fórmulas da *vontade geral*, do *bem comum* ou, no nosso foco, no *interesse público*. Difunde-se a idéia da substituição do poder do soberano (pessoa) para si e *contra o súdito* pelo poder do soberano (ente) *para o súdito*. Só que onde havia o indivíduo (súdito) passa a haver a sociedade – o que envolve um conjunto de indivíduos dotados de alguma identidade coletiva.⁹⁰

44. Da mesma forma como não se concebe o Estado Moderno fora desta perspectiva universalizante, tampouco nos parece possível pensar nesta perspectiva sem ter em conta a unificação do poder ditada pela soberania e a delimitação do que tange aos indivíduos e do que tange à coletividade – o que só foi possível a partir da dicotomia público/privado.

45. É certo que o enfoque aqui desenvolvido se dirige para este aspecto do Estado enquanto espaço decisório voltado para o exercício universalizado do poder. Porém, tal enfoque deve, necessariamente, ser precedido da análise das retrocitadas noções-chaves do Estado Moderno.

Tomando por base o Estado como monopolizador do poder decisório, podemos resumir as duas dimensões até aqui trabalhadas como caracterizadoras de que o Estado Moderno, a um só tempo, possui um poder indivisível e absoluto (ou seja, soberano), mas que sofre uma

89. A esse respeito, v., ainda que sob o prisma da afirmação do Direito Positivo, o recente trabalho de Carlos Maria Carcova, *La Opacidad del Derecho*, especialmente pp. 24-32.

90. Cf. Miguel Reale, “Ainda a sociedade civil e o Estado”, *O Estado de S. Paulo* ed. de 9.3.1996, p. 2. Ainda que no curto espaço de artigo de jornal, põe-se pertinente a reflexão do autor sobre a importância de Hegel e Marx para a afirmação conceitual da idéia de sociedade civil.

delimitação *a priori*, ditada pela circunscrição da esfera pública e pela proteção (preservação) intransponível da esfera privada.

O poder decisório do Estado se mostraria, portanto, destacado e inconstável na linha vertical (campo do exercício do poder político), mas confinado na sua projeção sobre a linha horizontal (campo da sociedade).⁹¹

46. Contudo, este poder absoluto, ainda que de abrangência limitada, demanda um requisito de legitimação,⁹² sem o qual não lograria afirmar-se sobre os membros da sociedade. Como a esfera do público implica redução do espaço do domínio absoluto da vida privada, algo há que justificá-la: é aí que se coloca a importância da finalidade deste poder e das restrições que ele acarreta.

A fórmula gestada remete à argumentação de que o campo da esfera pública – v.g., o campo da atuação do Estado – é aquele em que se encontram os anseios e as necessidades de todos os indivíduos. Daí por que a dependência dos conceitos totalizantes, universalizantes, de que falamos, os quais intentam galvanizar todos os indivíduos por meio de uma identidade de fins, de interesses.

Nas palavras de Boaventura Santos, “a modernidade do Estado Constitucional do século XIX é caracterizada pela sua organização formal, unidade interna e soberania absoluta num sistema de Estados e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado se comunica com a sociedade civil. Esta, ao contrário do Estado, é concebida como o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particularísticos”.⁹³ Enquanto o poder disperso, individual e fragmentário na sociedade se volta aos interesses individuais dos seus membros, o poder unificado e centra-

91. V., a esse respeito, Louis Baslé, “La signification des privatisations à l’Est et à l’Ouest: quelques remarques introductives”, in Jacques Chevalier (org.), *Public/Private*, pp. 121-127 (pp. 124-125).

92. “O movimento constitucional desencadeou no plano doutrinário e político uma acesa discussão quanto a dois problemas fundamentais, intimamente relacionados: o problema da soberania e o problema da legitimidade. (...) Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício deste poder. A soberania deve ser legítima; a legitimidade fundamenta a soberania. Podemos dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade é o lado interno da questão da soberania” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 264).

93. *Pela Mão de Alice*: ..., 3ª ed., 1995, p. 117.

lizado do Estado só se justificaria se orientado para o interesse geral, pertencente à totalidade social e a nenhum indivíduo em particular.

47. A necessidade de afirmação de uma finalidade do exercício do poder político soberano pressupõe, é óbvio, um momento anterior da concentração do poder e, conseqüentemente, a afirmação da soberania. Pressupõe também a crescente delimitação entre a esfera pública e a privada, condição *sine qua non* tanto da despatrimonialização (porquanto permitirá a distinção entre o que é patrimônio do particular e o que é domínio público) quanto da despersonalização (pois permitirá a construção de um espaço de poder político autônomo à vontade daquele que exerce o poder).

Dito de outro modo, a relação entre o detentor do poder – ou, se quisermos, a pessoa que ocupa temporariamente o poder político soberano – e o poder que exerce somente se deslocará do eixo meramente pessoal quando estiver bem demarcada a relação entre a aceitação do poder político e o seu exercício voltado a finalidades – efetiva ou retoricamente – públicas. Esta questão, portanto, terá lugar um pouco depois deste instante de afirmação do poder soberano, mais precisamente quando surgir a necessidade de novos mecanismos de legitimação do poder.⁹⁴

48. É com a fixação das idéias de bem comum e da imprescindibilidade da busca de finalidades gerais, como condição de legitimidade do exercício do poder, que perderá importância a pessoa do detentor deste poder, emergindo como primordial o objetivo – retórico ou efetivo – do exercício desta autoridade.⁹⁵ Como afirma o professor Dal-

94. Ainda Boaventura Santos expõe que este caráter de legitimação do poder público é parte do processo de legitimação intrínseco ao Liberalismo e ao modelo de produção econômica capitalista. A publicização do Estado – ou seja, a constituição de um espaço efetivamente público – permitiu a separação entre as relações sociais e as relações políticas de modo a legitimar o próprio sistema capitalista, na medida em que neutralizou seu potencial revolucionário. “Confinado à esfera pública, o ideal democrático ficou neutralizado ou profundamente limitado no seu potencial emancipador. Convergentemente, a conversão da esfera pública na sede exclusiva do Direito e da Política desempenhou uma função legitimadora fundamental ao encobrir o facto de o Direito e a Política do Estado Democrático só poderem funcionar como parte duma configuração política e jurídica mais ampla, onde estão incluídas outras formas antedemocráticas de Direito e de Política” (*Pela Mão de Alice*: ..., 3ª ed., p. 122).

95. “Para el carácter específico de la lealtad moderna al cargo, es decisivo el echo de que, cuando se trata de un tipo puro, no se subordina – como, por ejemplo, sucede en la forma de dominación feudal o patrimonial – a una persona a modo de señor o patriarca, sino que se pone al servicio de una finalidad objetiva impersonal” (Max Weber, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 719).

mo Dallari, “[a ordem jurídica estatal só se declara soberana] quando as circunstâncias históricas tornaram necessário que o poder do Estado afirmasse sua superioridade, em relação aos que haviam surgido como seus concorrentes. Essa ordem jurídica soberana tem um fim geral a atingir, que engloba os interesses comuns de todos os seus integrantes. Seu objetivo primordial é, pois, o bem comum de um povo”.⁹⁶ Tal passagem – nunca é demais dizer – terá maior difusão e relevo após a consolidação do Estado Moderno, em especial com o advento da Revolução Francesa⁹⁷ e da Revolução Americana.⁹⁸

49. Portanto, as concepções integradoras e universalizantes do poder do Estado – finalidades públicas, bem comum, vontade geral e, óbvio, interesse público – não podem prescindir destes dois eixos da modernidade política:⁹⁹ a soberania e a demarcação entre o público e o privado.

De outro lado, um poder público – ou um poder decisório monopolizado no espaço público – absoluto e indivisível (ou seja soberano) só poderá subsistir num contexto de Estado de Direito (ao qual aludiremos na seqüência deste trabalho) se apresentado como voltado apenas ao atingimento de objetivos inerentes a todos os indivíduos. Daí a importância para o Estado Moderno do caráter universalizante do interesse público cuja perseguição se erige como razão da sua existência.

96. *O Futuro do Estado*, p. 64.

97. Referimo-nos aqui, como é óbvio, à idéia de *vontade geral* como conteúdo unificador e totalizador do objetivo do poder do Estado. Neste sentido – de vontade geral – é sabido que sua formulação teórica deve ser atribuída a Rousseau, mas sua difusão histórica encontra eco na Revolução Francesa. “A história do conceito de *vontade geral* não termina com Rousseau. Mesmo se antes de 1789 o *Contrato Social*, pelo menos na França, tem escassa difusão, durante a Revolução Francesa torna-se popular (...). Na Assembléia Nacional o nome de Rousseau é invocado para defender o corpo representativo como voz da *vontade geral* ou da soberania popular num momento em que o povo ainda precisa ser ‘iluminado’” (cf. Saffo Testoni, “Vontade geral”, in Norberto Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, p. 1.299. V. também J. D. Mabbott, *O Estado e o Cidadão*, pp. 173-188).

98. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., 2ª tir., p. 35.

99. Acerca da construção da Modernidade social e sua manifestação na concepção do Estado, bem como para uma análise crítica das abordagens pós-modernas, a partir de uma leitura marcadamente influenciada por Habermas, v. Sérgio Paulo Rouanet, *As Razões do Iluminismo*, pp. 217-218 e, depois, 236-238. Quanto à importância da dicotomia Estado/sociedade civil na afirmação da Modernidade política, v. Boaventura de Sousa Santos, “O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* 30/13-43, especialmente pp. 20-25.

50. Se a emergência e a manutenção do poder decisório no Estado soberano e, conseqüentemente, a demarcação da esfera pública dependem da permanente busca (efetiva ou retórica) do bem comum, da satisfação coletiva ou do interesse público, far-se-á necessária a *emergência de um aparato formal e procedimental para definir o conteúdo destas fórmulas gerais*.¹⁰⁰

Quanto mais complexos forem tais “necessidades” ou “interesses”, tanto mais se terá que complexizar este aparato. E tanto mais se remeterá à estrutura burocrática a competência para dizer o que seja, em cada manifestação deste poder, o interesse da coletividade. Nesta passagem é que vai se alocar o paradigma do Direito Administrativo moderno.

100. V., a esse respeito, o texto de Sebastián Soler, “La idea de ‘bien común’”, in *Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, pp. 193-206, especialmente pp. 197-198.

Capítulo II

O ESTADO MODERNO E O DIREITO ADMINISTRATIVO: A CENTRALIDADE E A UNICIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

II.1 Introdução. II.2 Direito Administrativo e Estado Moderno: a construção do paradigma. II.3 A concentração, delimitação e legitimação do poder político: o interesse público. II.4 O Direito Administrativo e a concretização/interpretação do interesse público.

“As formas jurídicas, os tribunais e as leis civis são instituições admiráveis para que um cidadão possa defender os seus bens e a sua vida contra um outro cidadão. Elas são admiráveis ainda para proteger o cidadão contra o público, no caso e em relação às coisas onde o público está em face desse cidadão no mesmo plano em que o particular que lida com um particular. Mas já não se pode regular pelas mesmas regras em relação aos assuntos de polícia ou administração geral, ou seja, quando o público age para o interesse de todos, quando atua para o bem da universalidade. Então, a lei civil tem de dar lugar à lei política e o bem comum torna-se a lei única e suprema.”

(J. E. M. Portalis, em 1780, cit. por Jean-Louis Mestre, *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, p. 175 – trad. nossa)

II.1 Introdução

I. No capítulo anterior fizemos um esforço para, ao mesmo tempo em que situamos a concepção de Estado adotada no presente trabalho, estabelecer as linhas vetoriais que, no nosso entender, alicerçam o Estado Moderno.

Tentamos ainda demonstrar como os dois eixos sobre os quais se estrutura este modelo de Estado (a centralização do poder traduzida

na soberania e sua delimitação revelada pela demarcação do espaço público frente ao domínio privado) se articulam.

E o fizemos a partir de um terceiro elemento, a idéia de que a legitimação deste Estado se dá pela justificação do poder baseada nas finalidades públicas do seu exercício.

Traçado este quadro, cabe agora introduzir o enfoque sob o ângulo do Direito e, particularmente no que aqui nos toca, do ramo jurídico diretamente afeto ao Estado nas suas relações com o indivíduo.¹ Dizemos isto porque não nos interessa, aqui, o Direito do Estado tomado nas suas relações com outros Estados, campo temático próprio ao Direito Internacional Público,² em que pese a adiante irmos nos referir ao fenômeno de internacionalização do Estado.

O objetivo deste capítulo é procurar demonstrar como os pressupostos do Estado Moderno (a partir do que procuramos apontar no capítulo anterior) concorrem para a construção de um determinado paradigma³ de Direito Administrativo, extremamente atrelado à centralidade do poder decisório e dependente de uma concepção de interesse público voltada a justificar a existência do poder político soberano e cingido à esfera do público que se superpõe à esfera privada.

II.2 Direito Administrativo e Estado Moderno: a construção do paradigma

2. É sabido que qualquer dimensão do Direito envolve, em alguma escala, a existência de um poder e que, ao longo da História, às diversas formas de manifestação e organização do poder político e social corresponderam – em maior ou menor grau de institucionalização e estruturação – modelos de organização jurídica.⁴

1. Como alude Francis-Paul Bénéoit, “o Direito Administrativo é o direito do poder político em suas relações constantes com os particulares” (*Le Droit Administratif Français*, apud Caio Tácito, “Transformações do Direito Administrativo”, *Boletim de Direito Administrativo* 2/82).

2. Cf. Flávia Piovesan; *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pp. 43-44.

3. Adotamos, aqui, a concepção de *paradigma* cunhada por Thomas Kuhn (*A Estrutura das Revoluções Científicas*, 1990). V. também: Boaventura de Sousa Santos, *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, 1989; José Eduardo Faria, “A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica do idealismo jurídico”, *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*, pp. 13-29.

4. V., neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª ed., pp. 29-41, e, sobre a evolução histórica, pp. 43-61.

De outro lado, o Direito Público e, via de consequência, o Direito Administrativo (ao menos no âmbito do paradigma⁵ prevalecente, entre nós, desde o século passado,⁶ e com maior força a partir de meados deste século⁷) guardam uma relação ainda mais íntima com a estruturação do poder político consagrada na Modernidade.⁸ Nos dizeres de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, constitui o Direito Administrativo “disciplina própria do Estado Moderno”.⁹

Invocando Max Weber, Néelson Saldanha sustenta que o Estado Moderno implicou uma nova concepção de legitimidade, comprometida com o racionalismo que embasou a cultura moderna.¹⁰ E, efetivamente, o modelo weberiano de dominação legal racional, no qual a burocracia exerce um papel predominante,¹¹ relaciona-se diretamente com o esforço da Modernidade em superar o período em que tinha vigência o modelo patrimonialista, ou seja, a fase precedente à afirmação do espaço público.¹²

Neste sentido, podemos afirmar que o Direito Administrativo corresponde a uma – se não a mais importante – face do arcabouço legal-

5. Ou, na dicção de Odete Medauar, da “essência dogmática” fruto do encontro das elaborações francesa e alemã (cf. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 38). Doravante nos referiremos a este arcabouço teórico como sendo o “paradigma de Direito Administrativo Moderno”.

6. Quando autores como Otto Mayer, Orlando, Jellinek, na Europa, e, entre nós, o Visconde do Uruguai (em 1862) e logo após o Cons. Ribas (1866) firmam as bases doutrinárias do Direito Administrativo como ramo da Ciência Jurídica.

7. Quando se desenvolverão os principais institutos teóricos do juspublicismo.

8. É precisa neste sentido a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média” (*Do Direito Privado na Administração Pública*, p. 45).

9. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 52.

10. Néelson Saldanha, *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, p. 17. Acerca da contribuição de Weber para esta abordagem, v. Giorgio Rebuffa, “La crisis de los modelos descriptivos del Derecho Público”, in Roberto Bergalli (org.), *El Derecho y sus Realidades* p. 324.

11. “El tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático” (Max Weber, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 175).

12. “También aquí la posición adoptada por toda la tendencia democrática, esto es, por toda la tendencia a la reducción a lo mínimo del ‘dominio’, es necesariamente disyuntiva. La ‘igualdad jurídica’ y la exigencia de garantías jurídicas contra la arbitrariedad requieren una ‘objetividad’ racional formal por parte del régimen de gobierno, en oposición al capricho personal libre derivado de la gracia propia de la antigua dominación patrimonial” (Max Weber, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 735. V. também pp. 753 e ss., em especial pp. 799-780).

racional que vai dar sustentação ao Estado Moderno que sucede ao período absolutista.¹³

3. Na verdade, a partir da juridicização do Estado Moderno (principalmente com o advento das normas delimitadoras do poder político, fenômeno trazido pelo advento do Estado de Direito¹⁴) o Direito Administrativo irá se relacionar duplamente com o Estado: de um lado, por ser parte do arcabouço do Direito Moderno, elo inseparável da modernidade política;¹⁵ de outro, por ser o ramo deste Direito mais diretamente ligado às estruturas e ao funcionamento do poder político.¹⁶

3.1 O Direito Público, sabemos, constitui-se classicamente como o ramo jurídico que cuida das relações dos entes estatais entre si¹⁷ e dos particulares com o Estado,¹⁸ quer seja na seara punitiva (em sede do Direito Penal), quer seja no campo da arrecadação de meios para a ação

13. A discussão acerca do momento em que surge o Direito Administrativo – se coincidindo com o Absolutismo ou após o colapso deste – é objeto de uma longa polémica. Dela cuidamos nas linhas seguintes, ainda que sem pretensão de esgotar o assunto. Inobstante, não podemos deixar de consignar que importantes institutos deste ramo do Direito surgem no período absolutista. Particularmente os conceitos ou institutos típicos da formulação mais autoritária do Direito Administrativo. É o caso do conceito de *poder de polícia*. Sobre ele, v., entre tantos: Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, pp. XII-6 e ss.; Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, pp. 323 e ss.; Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, t. IV, pp. 17 e ss.; Bartolomé Fiorini, *Poder de Policía*, 1962; Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, pp. 1.129 e ss.; Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pp. 510 e ss. E, entre nós: Carlos Ari Sundfeld, “Empresa estatal pode exercer o poder de polícia”, *Boletim de Direito Administrativo* fevereiro de 1993, pp. 98 e ss.; Odete Medauar, “Poder de polícia”, *Boletim de Direito Administrativo*, dezembro de 1996, pp. 814 e ss.; Álvaro Lazzarini, “Limites do poder de polícia”, *Boletim de Direito Administrativo*, novembro de 1996, pp. 724 e ss.

14. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios...*, v. I, p. 52.

15. V., neste sentido: Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, “Dogmática Jurídica e a crise de legitimação do Estado Moderno”, *Revista de Informação Legislativa* 102/117-124.

16. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios...*, v. I, p. 47.

17. Carlos Ari Sundfeld (*Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., 2ª tir., p. 25) acrescenta também – não sem razão – as relações entre Estados como integrantes das relações abrangidas pelo Direito Público. Reiteramos, no entanto, que, por cuidarem da seara do Direito Internacional, não deitaremos grande atenção a estas relações. V. também Agustín Gordillo, *Tratado...*, 2ª ed., t. 1, p. IV-1.

18. É célebre a lição de Léon Duguit, segundo quem o Direito Público “est l’ensemble des règles de Droit qui s’appliquent à l’État et, dans notre doctrine, aux gouvernants et à leurs agents, dans leurs rapports entre eux et avec les particuliers. C’est d’un mot le droit objectif de l’État, le *Staatsrecht* des allemands. On vu comment et pourquoi l’État ou les gouvernants sont régis par le Droit” (*Manuel du Droit Constitutionnel*, p. 35).

estatal (temário próprio do Direito Tributário), quer seja com relação às políticas e intervenções que o ente público realiza ou faz realizar na sociedade, tanto por ação direta como pelo concurso de terceiros.¹⁹

3.2 Portanto, o Direito Administrativo é, a um só tempo, um ramo do Direito Público e um instrumento de operacionalização do poder político,²⁰ balizando inclusive a atuação deste poder em outras áreas do juspublicismo.

Com efeito, se ficarmos em dois exemplos de ramos outros do juspublicismo, verificaremos que tanto o Direito Penal quanto o Direito Tributário²¹ não estão alheios à influência dos métodos e princípios inerentes ao Direito Administrativo. Apenas para aludir breves exemplos – já que isto não constitui o temário principal deste trabalho –, não podemos olvidar que tanto na quadra das execuções penais como no âmbito da atividade fiscal vigem, em maior ou menor escala, as regras do Direito Administrativo.²² Daí por que respeitáveis autores asseveram que o “Direito Administrativo é o Direito Público interno ao Estado por excelência”,²³ enquanto outros dizem ser ele “o Direito Processual do Direito Constitucional”.²⁴

19. “El Derecho Administrativo es una parte del Derecho Público, directamente entroncado con el Derecho Constitucional (...). Estos dos Derechos, junto con el Financiero y el Tributario, integran la parte del Derecho Público interno reguladora de la organización y acción de los Poderes Públicos. Los Derechos Penal y Procesal, también integrantes del Derecho Público, tienen otra finalidad y principios diferentes” (cf. Luís Coscullela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª ed., p. 43).

20. Neste sentido Alfredo Gallego Anabitarte, *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*, especialmente pp. 154-155.

21. Cite-se para escorar nosso entendimento, ainda que sem erradicar a polêmica, o escólio de Geraldo Ataliba:

“Cientificamente, não há distinção possível entre a matéria tributária e a administrativa, porque ontologicamente os respectivos sistemas de normas obedecem ao mesmo regime, informam-se pelos mesmos princípios gerais e adotam as mesmas categorias e institutos gerais. (...).

“Didática e praticamente, se convencionou discernir a parte (Direito Tributário) do todo (Direito Administrativo), pelo isolamento do instituto fundamental daquele (o tributo). Reconhece-se o subsistema Direito Tributário, dentro do sistema positivo de Direito Administrativo” (*Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª ed., 2ª tir., p. 41).

22. “O Direito Administrativo, enquanto Direito Comum das Administrações Públicas, não está formado somente por normas positivas, mas também por princípios gerais, que servem para articular, interpretar e completar essas normas, as que acompanham formando em torno delas uma área inseparável” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 49).

23. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, pp. 47-48.

24. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, p. 27.

3.3 Podemos, portanto, afirmar que o Direito Administrativo cuida de um ramo prevaletente e do principal instrumento do Direito Público. Como tal, não se põe o Direito Administrativo simplesmente como um ramo do Direito que, como os demais, depende apenas, em última instância, do poder do Estado²⁵ para se efetivar. É o Direito do poder político, ligado ontológica, funcional e essencialmente ao poder que reside nos entes estatais.²⁶

4. O Estado com quem os particulares mantêm relações intermediadas pelo Direito Administrativo não é qualquer organização política, mas fundamentalmente o modelo de organização moldado a partir do advento da Modernidade, conforme procuramos sintetizar no capítulo anterior.

É indissociável, portanto, o estudo deste ramo do Direito das condicionantes ditadas pela configuração do poder político própria do modelo de Estado advindo da Modernidade. Como nos ensina Héctor Jorge Escola: “O estudo da Teoria do Estado pertence, com propriedade, ao âmbito da Ciência Política, porém o Direito Administrativo não pode prescindir de seu conhecimento, já que encontra nela seu apoio e embasamento inicial, como ramo do Direito Público que se volta a estudar a Administração Pública, sua organização interna, sua atividade específica e suas relações com os administrados”.²⁷

Desta íntima vinculação do Direito Administrativo com a específica configuração do poder político própria à Modernidade advém todo um arcabouço de normas, princípios, métodos e pressupostos que constituem este ramo do juspublicismo. A síntese de todos estes pressupostos teóricos irá conformar o que ousaríamos chamar de “paradigma prevaletente do Direito Administrativo”, diretamente dependente e relacionado ao modelo de Estado que constitui, em suas relações com os administrados, o objeto e o objetivo deste ramo jurídico.

5. O Direito Administrativo surge, no âmbito do Direito e do Estado Modernos, como um fenomenal instrumento capaz de ser, a um só tempo, um instrumento de ação do poder político e um arcabouço de regras e princípios voltados à sua limitação, direcionado a procurar

25. V. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 66.

26. Poder que – nos dizeres de Bobbio – “vai-se assim identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados (retomando a definição hobbesiana), tem o direito de se servir da força, embora em última instância, como *extrema ratio*” (*Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., p. 80).

27. *Compendio de Derecho Administrativo*, 3ª ed., reimpr., v. I, p. 4 (trad. nossa).

“os meios e estruturas que assegurem um intervencionismo estatal aceitável”.²⁸

Como modelo teórico,²⁹ ele se vincula, diretamente, aos pressupostos da modernidade política: a preexistência de um poder enfeixado num núcleo razoavelmente organizado, politicamente centralizado, suficientemente dotado de efetividade e que se relacionava com os particulares a partir de interesses e perspectivas distintas.

Ou seja, a afirmação deste ramo do Direito prende-se de forma inseparável ao modelo de organização política inerente ao Estado Moderno, impregnando-se de seus pressupostos.

Neste sentido, bem leciona Maria João Estorninho que: “O Direito Público é, em geral, concebido como um conjunto de regras sobre a estrutura ou a organização e a atuação do Estado”. Daí dizer que “o Direito Administrativo herdado de Otto Mayer é, no seu núcleo, um sistema de formas jurídicas relativas ao *exercício imperativo do poder estadual [estatal]*”³⁰ (grifamos).

E, com efeito, assim é. Agustín Gordillo aponta-nos que o Direito Administrativo, tal como o estudamos, guarda uma relação indelével com a concentração do poder – na medida em que é um direito da e para a autoridade – emergente da afirmação do Absolutismo, período que, como vimos, demarca o início do processo de edificação do Estado Moderno. Nos dizeres do célebre tratadista, mesmo no período do *Estado de Polícia*, vigente o pressuposto de poder ilimitado do soberano, se pode dizer que havia já um arcabouço normativo voltado a encetar a atividade mandatária do soberano, ainda que esta não se subordinasse àquele aparato de normas.

Apesar de dizê-lo, Gordillo deixa claro que nesta época ainda não faz sentido falar em um ramo de conhecimento científico propriamente dito – o que irá, no seu entender, ocorrer posteriormente, com o

28. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, p. 28.

29. Wolfgang Stegmüller, relatando a construção teórica de Kuhn, alude que “a um paradigma corresponde, no reino dos fenômenos, toda uma coleção de idéias intuitivas básicas – delimitando em linhas amplas quais são, para os pesquisadores, as perguntas que traduzem problemas relevantes e importantes e os métodos de solução que podem ser vistos como adequados” (Stegmüller, *A Filosofia Contemporânea*, v. 2, p. 363).

30. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 91. Podemos entender como *impositivo* ou *autoritário* o termo “imperativo”, utilizado na grafia lusitana do original. V. também Hartmut Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? – Rechtsreformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik*, 1992.

advento do Constitucionalismo.³¹ Daí temos um outro elemento caracterizador deste modelo teórico, qual seja, sua vinculação à legalidade dentro de parâmetros constitucionais.³²

Na esteira do entendimento de Gordillo, podemos afirmar que o surgimento do Direito Administrativo, enquanto âmagô dogmático, ramo científico e subsistema jurídico, assenta-se sobre os pressupostos históricos da modernidade política.

Depende de, precedentemente, estar o poder político (ou seja, o poder decisório em última instância) enfeixado nas mãos do soberano. Isso emerge óbvio, pois só haverá sentido em se falar da existência de um ramo do Direito Público se estiverem presentes as pré-condições para a existência da dicotomia público/privado, conforme estudado acima.³³

6. Voltando à relação do Direito Administrativo com o Constitucionalismo, a que se referia Gordillo há pouco, podemos dizer que tal modelo teórico de que ora tratamos não se vincula à preexistência de

31. São as suas palavras: “En el Estado de Policía, [época que coincide con o período de ápice das Monarquias Absolutas] en consecuencia, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podría perseguir y en cuanto a los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse una consideración científica de ese poder. No creemos que pueda afirmarse lisa y llanamente que no existía un Derecho Público, como por ejemplo dice Mayer, pues incluso ese principio del poder ilimitado [do soberano absolutista] y las normas que de él emanaran constituyen un cierto ordenamiento positivo, aunque no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos y no constituían, para éstos, ninguna garantía, en todo caso, es claro que no existía una rama de conocimiento científico en torno de él”.

32. Não pretendemos adentrar, aqui, a discussão entre observância da lei ou do Direito no agir da Administração Pública. Tal polémica será relevante na posição de alguns doutrinadores referente à superação do princípio da legalidade à luz de um novo paradigma de Direito Administrativo. Esperamos focar tal debate mais adiante.

33. Como demonstra Umberto Cerroni, abordando a dicotomia a partir da separação entre Direito Público e Direito Privado, “existe um claro paralelo entre a consumação completa da separação entre Direito Privado e Direito Público – característica da Idade Moderna – e o completo desenvolvimento de outra relação, entre indivíduo e Estado, a tal ponto que se pode afirmar que uma sistematização teórica acabada desta divisão só se torna possível quando alcança seu pleno desenvolvimento prático o processo de separação do indivíduo com respeito ao grupo social e, portanto, com respeito ao próprio Estado. E este processo se consuma precisamente na Idade Moderna, com o desaparecimento definitivo não só das formas de escravidão, mas dos próprios vínculos corporativos feudais que aprisionavam os indivíduos em ‘cercas fechadas’ dos Estados” (“Sobre la historicidad de la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público”, *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* 3/ 85, trad. nossa).

qualquer poder político, mas sim à existência anterior do poder que se exerce dentro de limites impostos externamente àquele que o detém.

Com a evolução do Liberalismo e, principalmente, do Constitucionalismo emerge a necessidade de afirmação do indivíduo frente ao Estado, o que leva à concepção de Direito Administrativo entendido como um arcabouço legal apto a limitar e procedimentalizar o poder do Estado e garantir os direitos dos indivíduos.³⁴

A partir do embate pela afirmação do indivíduo contra o exercício desabrido do poder político pelo soberano constituir-se-ão os institutos e princípios fundamentais do Direito Administrativo, fazendo emergir um paradigma teórico específico dentro do Direito.

Mais uma vez amparados por Gordillo, podemos afirmar que, no momento em que se toma consciência da existência de direitos do indivíduo frente ao soberano – ou frente ao Estado –, se faz presente o regramento que constitui o Direito Administrativo. “No momento em que o indivíduo toma consciência de que é o sujeito que está à frente do poder e não objeto deste, surge automaticamente a necessidade de analisar o conteúdo desta relação Estado/indivíduo e a necessidade de se constituírem os princípios que regem esta relação.”³⁵ Dentre aquelas relações que – vimos há pouco – constituem o objeto do regramento de Direito Público é, certamente, a relação Estado/indivíduo que compõe a pedra-de-toque do Direito Administrativo.

7. Portanto, desde o surgimento dos seus primeiros lineamentos, o Direito Administrativo é alicerçado sobre uma dada concepção de Estado, inerente à Modernidade.³⁶ Reforça-se, a partir desta concepção, a visão dele como um campo do Direito preferencialmente voltado à delimitação do poder do Estado, como uma proteção dos particulares contra o sempre presente risco de exercício arbitrário do poder político.

34. V., neste sentido, Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmuniades del Poder en el Derecho Administrativo*, 1979. V. também Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, em especial pp. 75-80.

35. A. Gordillo, *Tratado...*, 2ª ed., t. I, p. II-4 (trad. nossa).

36. Indesviável, aqui, é a síntese elaborada por Massimo Severo Giannini: “Il Diritto Amministrativo deriva quindi dal confluire delle tre maggiori esperienze politico-giuridiche europee dell’epoca (inglese, francese, austriaca) e dà vita ad un’esperienza nuova, fondata sul concetto dell’autorità dello Stato, a cui adatta quanto delle esperienze matrici conserva: il funzionario della Corona diviene così funzionario dello Stato; l’organo della Corona, organo dello Stato; la gerarchia degli ufficiali pubblici, gerarchia degli uffici; l’atto del Principe, provvedimento amministrativo; la forza dell’atto diviene imperatività del provvedimento; la coercibilità dell’osservanza dell’atto del Principe da vita all’autotutela, e così via” (*Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 29).

Reitere-se que o modelo teórico aqui enfocado sucede o momento inicial da afirmação do Estado Moderno através da ascensão do Absolutismo. Após este período, em que se unifica e consolida o poder absoluto, pressuposto da soberania, advirá o refluxo do poder ilimitado, irresponsável, desmedido, com o surgimento da necessidade, de parte da burguesia, da limitação deste, por meio do estabelecimento de freios à atuação do soberano. Neste quadrante é que se afirmará a prevalência da ordem jurídica e, de certa forma, do Direito Administrativo.³⁷

8. A relação do Direito Administrativo com o atrelamento do poder político à legalidade (limitação ao exercício do poder político que não se confunde com a relativização da soberania, uma vez que o fator de limitação – a lei – também é manifestação do poder soberano) não serve para obscurecer o peso que tem a noção de *autoridade* na construção do modelo teórico a que nos referimos.

9. Enfocar o papel central da autoridade na construção do Direito Administrativo Moderno remete-nos, inicialmente, à discussão acerca do momento em que surge propriamente este ramo jurídico. Cumpre tangenciá-la, ainda que não de forma assaz profunda.

A fixação do momento histórico do surgimento do Direito Administrativo é tema de incansáveis polêmicas.³⁸

Grande parte dos teóricos sustenta que ele ocorre quando da passagem do Estado de Polícia (típico do Absolutismo) para o Estado de Direito (elevado no bojo dos movimentos liberais).³⁹ Irrefutável é a importância, para o paradigma do Direito Administrativo, das instituições clássicas do modelo político surgido, em especial, das Revoluções Francesa e Americana, como a tripartição do Poder, o controle jurisdicional, a idéia de legalidade.⁴⁰

Neste sentido, digna de destaque é a explanação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “(...) a formação do Direito Administrativo como ramo autônomo teve início, juntamente com o Direito Constitucional e outros ramos do Direito Público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de

37. Para uma perfeita análise da evolução histórica neste período servimo-nos da aprofundada abordagem de Enrique Ricardo Lewandowski, *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*, pp. 1-29, em especial p. 22.

38. Odete Medauar; *O Direito...*, pp. 12-20.

39. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 20.

40. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *idem*, *ibidem*.

Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à Lei Fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação dos Poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado”.

Não obstante, parece-nos inegável que a autoridade política cumpre um papel central em tal modelo teórico. Autoridade cujos pressupostos encontram-se na concentração de poder havida no Absolutismo.⁴¹

A discussão sobre este marco histórico é muito bem sumulada por Odete Medauar. A autora assim expõe a polêmica, adotando posição que nos parece a mais correta: “Inegável semelhança se nota entre esquemas do Estado de Polícia e noções integrantes do Direito Administrativo posteriormente elaborado. Parece difícil, assim, sustentar o entendimento de ruptura total a partir do nada (...). Melhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o Direito Administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo Direito em formação, embora em outro contexto sócio-político”.⁴²

10. O fato é que toda a formulação teórica do Direito Administrativo (quer nos seus primórdios do Estado de Polícia, quer ao longo de sua evolução, quer, ainda, posteriormente, no período assim cha-

41. Juan Alfonso Santamaría Pastor, autor daquele que talvez seja o melhor apinhado histórico da evolução do Direito Administrativo, assevera que a polêmica sobre o surgimento deste ramo do Direito ser anterior ou posterior a 1789 “carece hoy de sentido y debe ser, por tanto, cancelada; y ello, sobre todo, en la medida en que la razón asistía a ambas las partes, a las que sólo separaban cuestiones de perspectiva y de planteamiento político. Por ello, sin minimizar en absoluto el corte radical que la Revolución Francesa suportó y el cambio de sentido que el Derecho Público experimentó desde entonces, nuestro análisis debe partir de épocas más remotas: concretamente, del periodo tradicionalmente conocido como Alta Edad Media” (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, p. 71). Mais adiante, contudo, vai este autor consignar que “el Derecho Público es un producto intelectual sumamente delicado e inestable, que sólo puede fructificar en los regimenes políticos donde se da una limitación jurídica efectiva del poder” (p. 119).

42. *O Direito...*, p. 18. Sobre a importância da Revolução Francesa na afirmação do Direito Público, v. Néelson Saldanha, “Revolução Francesa e pensamento jurídico-político contemporâneo”, *Revista de Informação Legislativa* 105/173-180, especialmente p. 178.

mado de *Estado de Direito*) é erguida em torno e com vistas ao tratamento das relações que envolvem a autoridade pública.

Porém – repita-se –, não de qualquer autoridade, mas sim a autoridade detentora do poder soberano, que já sofreu os processos de concentração e de delimitação – abusáramos até em dizer *confinamento* – do poder a partir da introdução da modernidade política, consoante pudemos expor no capítulo anterior.⁴³

Nas sempre abalizadas palavras de Caio Tácito, “o Direito de Polícia constitui o precedente histórico do Direito Administrativo. Todavia, é a acolhida do princípio da separação de Poderes e a submissão do Poder Executivo às normas emitidas pelo Poder Legislativo que levam à existência autônoma do Direito Administrativo”.⁴⁴

Se assim é, podemos dizer que o paradigma com o qual nos detemos tem como pressupostos teóricos fundamentais a soberania e a dicotomia entre a esfera pública e privada, nos termos do que antes expusemos.

II. Não se pode afastar, de outro bordo, que o Direito Administrativo como tal somente pôde ter existência jurídica na medida em que o detentor do poder e seus prepostos viram-se constringidos a condicionar o exercício deste poder a algum padrão normativo, pouco importando se esta aceitação do soberano se dá como única forma de, numa perspectiva legitimadora, preservar a centralidade do poder, desafiada que está pela emancipação dos atores econômicos emergentes na sociedade.⁴⁵

43. Calha aqui a clássica lição de Jean Rivero no sentido de que “o Direito Administrativo só pode nascer no quadro do Estado de Direito, a partir do momento em que o soberano aceitou ver seus agentes vinculados, em relação aos administrados, por norma obrigatória e sancionada jurisdicionalmente” (“Droit Administratif Français et Droits Administratifs Étrangers”, *Pages de Doctrine*, v. II, p. 476).

44. “Transformações...”, *Boletim de Direito Administrativo* 2/82.

45. “O Estado Liberal, embora destruindo a montagem ideológica do Absolutismo, que substitui por outra, e reformulando pela base os termos da relação entre governo e povo, conservou algo da estrutura do Estado dito Absoluto e também seus caracteres. Conservou a composição dos elementos do Estado, mantendo o território como referência espacial indispensável e o âmbito nacional como suporte. O atributo da soberania, que passa a caber ao povo (ao menos nas alegações doutrinárias) ou à Nação, prosseguia sendo nota imprescindível. A tendência à unificação do Direito, presente já nos reinos absolutos, progrediu caracteristicamente, em direção à idéia de códigos e através da exigência de cada Estado ter sua Constituição (escrita)” (cf. Néelson Saldanha, *O Estado Moderno...*, p. 38).

Em preciosa passagem de um texto não menos importante, Eduardo García de Enterría nos dá conta que no âmbito dos processos de erradicação do poder absoluto, particularmente no bojo da Revolução Francesa, não bastava substituir o monarca pelo povo enquanto titular do poder. Haveria que disciplinar como tal poder seria exercido. Então – diz o publicista espanhol –, advém a razão de ser do arcabouço jurídico-administrativo. Diz ele que “a grande e formidável novidade surgida neste processo é que o poder vai ser exercido precisamente por meio da lei”, a qual “é expressão da vontade geral segundo o dogma rousseauiano”.⁴⁶

12. Antes de enfrentarmos este ponto, impende frisar que a proximidade do Direito Administrativo para com o Estado de Direito não pode servir para esconder que este ramo jurídico (como, de resto, o próprio Direito) pode, como de fato pôde, ser instrumentalizado por regimes antidemocráticos.⁴⁷ Na verdade, em períodos autoritários – dos quais servem de bom exemplo os regimes militares que se abateiram sobre a América Latina nas décadas de 60 e 70 – há um grande desenvolvimento e, conseqüentemente, o aprimoramento dos institutos próprios ao administrativismo.

E isso por dois fatores: pelo crescimento da intervenção do Poder Público, contumaz nos regimes autoritários – com a conseqüente ampliação dos campos de atuação do Poder Público –, e, por outro lado, por uma necessidade de legitimar, pelo disciplinamento administrativo, as ações de regimes desvestidos, na sua origem, de legitimidade popular.

Não nos esqueçamos do acima consignado: o Direito Administrativo é um ramo do Direito voltado ao exercício da autoridade política; e, como tal, pode tanto construir um fator limitador do seu exercício (função, ao nosso ver, primacial) como, também, um instrumento para a efetivação desse poder.

Não será sem motivo que a história da evolução do Direito Administrativo refletirá uma constante tensão entre ser um anteparo contra o arbítrio e, contraditoriamente, um instrumento do exercício deste mesmo poder. Alguns autores chegam a afirmar que o Direito Adminis-

46. V. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, p. 109.

47. De certa forma, o raciocínio aqui desenvolvido encontra eco no pensamento exposto por J. J. Gomes Canotilho ao cotejar República e Estado de Direito (cf. *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 49).

trativo fornece, muita vez, uma proteção imperfeita contra o arbítrio, porquanto em algumas situações as leis não conferem suficiente proteção aos administrados.⁴⁸

Isto porque em regimes distanciados do compromisso democrático a autoridade “não hesita em se livrar dos constrangimentos do Direito contornando os textos ou instrumentalizando-os em seu proveito ou mesmo ainda os violando abertamente quando sabe que pode fazê-lo com toda a impunidade”.⁴⁹

É neste sentido, por exemplo, que caminha Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem “a legalidade meramente formal, redutora do comportamento estatal administrativo ao quanto posto como norma pela entidade política, e, principalmente, a aceitação da suficiência desta legalidade para a formação, informação e conformação do desempenho administrativo público faziam com que, nos regimes antidemocráticos, a Administração Pública fosse cúmplice dos governantes de ocasião e o aparato burocrático administrativo fosse utilizado, sem embaraços, pelos autores de leis positivadas à força das baionetas”.⁵⁰

Diga-se, porém, como última nota a esse ponto, que não se pode descurar da distinção entre os regimes autoritários burocráticos – com sua preocupação com a legitimidade formal e procedimental – e os regimes totalitários ou absolutistas, nos quais vale apenas e tão-somente a adesão da massa (pelo carisma ou terror) ao sistema ou ao líder detentor do poder, atribuído papel menor à legalidade, mesmo que exclusivamente no aspecto formal.⁵¹

48. Em artigo no qual se propõe a analisar a posição do Conselho de Estado Francês frente à relação do Direito Administrativo e Estado de Direito – o que faz por um viés bastante crítico –, Danièle Loschak sublinha o caráter relativo da sujeição da Administração Pública à legalidade, considerando que isto decorre de dois fatores: “Primeiramente, porque este Direito é, em grande parte, obra da Administração em si mesma: a submissão ao Direito é analisada desde quando, na melhor das hipóteses, numa espécie de autolimitação provisória, tendo a Administração toda a latitude para mudar as regras que ela mesma instituiu. Em seguida, porque a regra deixa sempre subsistir em prol da Administração uma margem mais ou menos importante de poder discricionário, que foi aumentando na medida em que ela era levada a intervir nos campos onde as regras precisas e rígidas demais teriam se arriscado a entravar a eficácia de sua ação” (“Le Droit Administratif rempart contre l'arbitraire”, *Pouvoirs* 46/44, trad. nossa).

49. Danièle Loschak, “Le Droit...”, *Pouvoirs* 46/54 (trad. nossa).

50. *Princípios...*, p. 105.

51. Cf., neste sentido, nosso trabalho *Os Regimes Autoritários no Cone Sul sob a Óptica do Direito*, v. 1, pp. 9 e ss. V. também Juan Linz, “An authoritarian regime: Spain”, *Cleavages, Ideologies and Party Systems*, s/d, e “Regimes autoritários”, in Paulo Sérgio Pinheiro, *Estado Autoritário e Movimentos Populares*, 1977. V., ainda,

13. Voltemos, pois, à dependência que o paradigma do Direito Administrativo tem com os eixos básicos caracterizadores do poder político no Estado Moderno. Seria impensável imaginar a existência deste arcabouço teórico no período pré-moderno, pois que a efetividade do poder se assentava em outras bases de dominação, tornando secundária, ao menos para o exercício do poder político, a existência de uma racionalidade jurídica legitimadora do poder.

Da mesma forma, não faria sentido imaginarmos a existência de um ramo do Direito Moderno voltado ao regramento das relações Estado/indivíduo sem que tivéssemos demarcado o campo de prevalência do poder político e o campo de atuação razoavelmente livre do indivíduo.

14. Dizendo de outro modo – e correndo o risco de dissertar sobre o óbvio –, o Direito Administrativo (enquanto conjunto de pressupostos, institutos, método e formulações teóricas aptos a dar resposta aos problemas colocados pela atividade interna do Estado-poder) traz uma dependência genética da *dicotomia público/privado*.

Em grande medida isso ocorre porque tal paradigma se constrói justamente por meio e a partir de uma negação auto-referente: grande parte dos elementos que compõem o ferramental metodológico do Direito Administrativo decorre da tensão entre público e privado, da necessidade sentida pelos indivíduos de modelar e restringir a ação dos detentores do poder político.⁵² Em uma palavra, da necessidade de balizar o exercício concreto do poder político em sua manifestação administrativa.⁵³

A atividade administrativa pressupõe um poder precisamente centralizado e de algum modo delimitado, ao qual se acopla a estrutura

José Eduardo Faria, *Justiça e Conflito: os Juizes diante dos Novos Movimentos Sociais*, 1992. Ademais, parece-nos que situar a afirmação do Direito Administrativo no momento histórico da afirmação do Estado de Direito não implica engatá-lo ao Estado Democrático de Direito – para se utilizar a classificação bem explicitada por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, p. 119).

52. Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, v. I, p. 68.

53. Falamos de limites ao poder político-administrativo, ou, se quisermos, ao poder de polícia, pois existem outras formas de manifestação do poder político cerceadoras de direitos dos indivíduos, assim como existem outros ramos do Direito voltados a limitar e reger o poder do Estado. Pode-se aludir, neste sentido, à clássica distinção entre liberdades públicas e direito público ou entre Direito Administrativo e Direito Constitucional, guardadas todas as interfaces entre estes campos. V., neste sentido: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., p. 32; e Odete Medauar, *O Direito...*, pp. 149 e ss.

de organização estatal básica. Assim sendo, o advento do Estado de Direito impele o poder político a se atrelar à idéia de legalidade.

O atrelamento da atividade do Estado – e, por conseguinte, da Administração Pública – aos limites e autorizações ditados pela Constituição e pela lei⁵⁴ não afasta a realidade de que a ação estatal pressupõe prerrogativas e restrições aos direitos dos particulares, decorrentes fundamentalmente da centralização da autoridade.⁵⁵ Ou, de outro modo, da supremacia do público sobre o privado.⁵⁶

15. Inarredável, portanto, desde esta concepção, que subjaz ao Direito Administrativo um forte viés autoritário (sem dar ao termo, aqui, concepção pejorativa ou tampouco valorativa), traduzido na dependência ontológica de um Estado unificado, centralizado e detentor de um poder de tal forma consolidado e prevalescente que se faz necessário um conjunto de regras para limitá-lo.

A existência própria do paradigma em foco pressupõe a idéia de inoponibilidade do poder político. Via de consequência, não prescindida da noção de soberania.

Dito em outras palavras: o Estado de Direito e o Estado de Polícia – a dicotomia em torno da qual se construíram as muitas das teses do surgimento e da afirmação do Direito Administrativo – são legatários históricos do Estado Moderno, com a unificação do poder em torno de um centro comum e com a delimitação da exclusividade de exercício último deste poder no âmbito de um dado universo geográfico (o Estado Nacional).⁵⁷

16. Certo é que no Absolutismo – como bem lembra Carlos Ari Sundfeld – o Direito Público se resumiria apenas à norma básica segundo a qual “o poder deve ser acatado e é ilimitado”,⁵⁸ e que com o Estado de Direito este poder passa a sofrer restrições. Isso não se discute.

54. Acerca do papel da lei e da Constituição como expressão da vontade geral e fonte do Direito Administrativo, tomado a partir do modelo vigente na França pós-Constituição de 1958, v. Bernard Stim, *Les Sources Constitutionnelles du Droit Administratif*, especialmente pp. 39-51.

55. Para um aprofundamento da crítica a este caráter absoluto do poder político enfeixado pelo Estado Moderno, pelo viés marxista, v. Derek Sayer, *Capitalismo y Modernidad*, pp. 86-98. Na segunda parte desse mesmo livro o autor aborda o enfoque weberiano para o tema.

56. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., pp. 30 e ss.

57. V., neste sentido, Giorgio Rebuffa, “La crisis...”, in Roberto Bergalli (org.), *El Derecho...*, p. 322.

58. *Fundamentos...*, 4ª ed., 2ª tir., p. 35.

O que desejamos destacar é o fato de que o Direito Público e – por conseguinte – o Direito Administrativo herdaram o caráter impositivo, autoritário, unilateral, decorrente do fato de ser o espaço público o primado da autoridade, do poder soberano, que como tal só faz sentido se sobreposto aos interesses dos indivíduos.

O paradigma prevalecente no juspublicismo pressupõe a desigualdade em favor do público e sempre – obviamente, respeitados os limites modernamente presentes nos textos constitucionais e legais – em detrimento do particular individualmente tomado.

17. Ou seja, o Direito Administrativo é o ramo do Direito que não pressupõe a igualdade entre os pólos envolvidos. Ao contrário, tem por pedra angular a desigualdade em favor da autoridade.⁵⁹

O fato é que o Direito Administrativo se revela nas diversas subdicotomias decorrentes da grande dicotomia público/privado (administrador/administrado; Estado/sociedade; Poder Público/particular), sempre em torno do seu viés autoritário: quer beneficiando o papel de instrumento de atuação da autoridade, quer oferecendo limites a esta.

18. Todo o arcabouço teórico do Direito Administrativo – não há qualquer novidade – depende daquele traço fundamental que procuramos demarcar no capítulo anterior: a concentração da autoridade que predefine um pólo diferenciado de poder – incontestável e soberano, exatamente porquanto, em última instância, se volta supostamente ao interesse de todos.⁶⁰

19. Esta dimensão – que, insistimos, dá conteúdo e limites à atuação da autoridade – permite inclusive diferenciar os campos jurídicos do Direito Público e do Direito Privado.⁶¹

59. L. Fernando Coelho (*Fundações Públicas*, p. 67), citado por Clèmerson Merlin Clève (*Elementos para um Discurso de Conceituação do Direito Administrativo*, p. 38), afirma que “[enquanto] o Direito Privado é a disciplina jurídica do relacionamento de pessoas dotadas do mesmo grau de autonomia e interdependência, o Direito Público [é] a disciplina jurídica que preside a integração da pessoa na grande organização social que a ultrapassa e caracteriza historicamente o fenômeno Estado”.

60. Nos dizeres de Jesús Leguina-Villa, após o advento do Constitucionalismo – propulsor do Estado de Direito – a Administração é definida em função dos “serviços de interesses gerais prestados ‘com objetividade’, ou seja, sem inclinações partidárias”; ou seja, “sem aceção de pessoas e conforme disponham as normas jurídicas” (cf. “A Constituição Espanhola e a fuga do Direito Administrativo”, *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/635).

61. Contra a distinção entre estes dois ramos do Direito, v. Sophia Papaefthymiou, “On the distinction between Public and Private Law”, in Aulis Aarino e Kaarlo Tuori (orgs.), *Law, Morality and Discursive Rationality*, pp. 191-198. Apesar da apa-

Para o paradigma em análise, a apartação entre os dois campos jurídicos é central.⁶² Enquanto o Direito Privado se ergueria sobre a construção liberal da igualdade – eixo da autonomia da vontade e do sinalagma contratual –, o Direito Público, via de consequência o Direito Administrativo, se erigiria sobre o pressuposto da desigualdade *a priori*,⁶³ da supremacia existente entre a autoridade (o Estado) e os sujeitos (os indivíduos integrantes da sociedade política).⁶⁴

Enquanto o Direito Privado se estribaria em princípios e normas de coordenação⁶⁵ aplicáveis a relações potencialmente de igualdade,⁶⁶ o Direito Público se apoiaria em princípios de normas de supra-ordenação, aplicáveis a partir de uma relação de superioridade e generalidade (supra-individualidade).⁶⁷ Tais aplicações somente poderiam ter lugar no exercício de uma função estatal⁶⁸ – é dizer, na persecução de um objetivo correlacionado com o bem comum.

A partir deste pressuposto de desigualdade⁶⁹ constroem-se ora instrumentos de efetivação da autoridade (poder de polícia, cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, desapropriação, poder discricionário etc.), ora institutos de limitação deste poder (princípios da

rente discordância, em parte convergiremos para a posição da autora no que tange à impropriedade de se trabalhar com a distinção nos dias de hoje, haja vista a interpenetração dos dois campos, a implosão das barreiras metodológicas entre eles e a coincidência de institutos. Estes pontos serão objeto de nossa análise pouco mais à frente.

62. V., neste sentido, León Duguit, *Manuel...*, pp. 41-47. Embora assinalando de forma clássica a dicotomia, Duguit afirma que o Direito Público e o Privado se assentam sobre os mesmos fundamentos, diferindo apenas no tocante às sanções, aos efeitos e aos meios de obtenção e implementação de uma situação numa e noutra área do Direito (p. 47).

63. V., neste sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “Conceito de Direito Administrativo”, *Revista da Universidade Católica de São Paulo* XXVII/36. V. também Héctor Jorge Escola, *Compêndio...*, 1984, v. 1, p. 60.

64. “Il Diritto Pubblico è l’insieme delle norme giuridiche che regolano i rapporti fra (...) Stato o altre ente pubblico in posizione di naturale supremazia rispetto al cittadino, stante la prevalenza degli interessi da essi gestiti rispetto a quelli facenti capo al privato” (Germano Palmieri, *Elementi di Diritto Pubblico*, p. 8).

65. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, p. 18.

66. Para uma crítica a esse pressuposto, tomada pelo ângulo das hodiernas relações de consumo, v. Alberto Amaral Jr., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, pp. 33-35.

67. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, p. 19.

68. Idem, *ibidem*.

69. Umberto Cerroni, “Sobre la historicidad...”, *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* 3/91.

função, competência, motivação, publicidade etc.; equilíbrio econômico-financeiro; direito de defesa, direitos subjetivos públicos).

20. A igualdade, traduzida no princípio da isonomia, apresenta-se para o Direito Administrativo como algo externo, a ser respeitado não pelo exercício do poder público, mas no exercício do poder público, o qual, para existir, pressupõe a desigualdade entre as prerrogativas da autoridade e as dos sujeitos a ela submetidos (corolário da soberania), por mais que estes sejam titulares deste poder e que entre eles não se admita desuniformidade injustificada⁷⁰ de tratamento.⁷¹

21. Como nos ensina Escola, por cuidar de reger o exercício da autoridade, o Direito Administrativo presta-se a restringir e limitar direitos dos particulares, justamente por ser o meio de exercício “das potestades e prerrogativas da Administração Pública, sempre desbordantes do Direito Privado”.⁷² Porém – diz o renomado autor – “o faz para possibilitar e assegurar o real e verdadeiro exercício das liberdades e direitos individuais e para alcançar fins que a todos interessam, porquanto são de interesse geral ou comum”.

Esta vinculação finalística da atuação da Administração Pública remete-nos a um outro elemento próprio ao Direito Administrativo, este relacionado com a vinculação deste arcabouço teórico com a função legitimadora do exercício de poder político.

22. Antes, porém, de focar o aspecto de legitimação do paradigma, vale lembrar que esta construção própria do Direito e do Esta-

70. O adjetivo justifica-se porque no dever da função administrativa a diferenciação entre os indivíduos é uma constante. Isso porque o exercício do poder político envolve também uma certa justiça distributiva, uma alocação desigual de meios em favor do atendimento de necessidades da coletividade. Isso implica tratamento desuniforme dos que são desiguais, a partir de pautas objetivas que interditam a desuniformidade que não tenha lastro em razões – sempre elas – de interesse coletivo, ou, se quisermos, de um “fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas”. Neste sentido, v. o incomparável livro de Celso Antônio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., 9ª tir., 2001.

71. Obviamente que observadas as condições de desuniformidade natural entre os homens e seus reflexos em relação à diferenciação equalizadora na atuação do Poder Público. Assim é que no atendimento de uma política de assistência social deverá a Administração distribuir gêneros apenas à população carente, em detrimento mesmo dos mais afortunados, que desnecessitam da prestação. Ou mesmo quando o Poder Público tece exigências de qualificação em concursos ou licitações públicas de modo a permitir que só ocorram a estes chamamentos públicos aqueles particulares realmente detentores de capacitação mínima apta a atender às necessidades públicas. V., neste sentido, a célebre monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., 9ª tir., 2001.

72. *El Interés Público...*, pp. 18 e 19 (trad. nossa).

do Modernos se prende diretamente ao modelo capitalista de produção.⁷³

Nos dizeres de Raffaele De Giorgi, o processo por ele denominado “esquema iluminístico mais propriamente moderno” estrutura a separação entre Estado e sociedade (e, por conseqüência, entre esfera pública e esfera privada) a partir da perspectiva de homogeneizar todos os interesses existentes na sociedade (por sobre as contradições inerentes à estruturação de classes) em torno de interesses gerais, comuns, universais e enredados em torno de unidades totalizantes. Com isso intenta produzir um sistema racional de decisões políticas.⁷⁴

23. Pautado pelas condicionantes do sistema de produção, o Direito Administrativo (como parte da formulação teórica do Direito Moderno, a cujo paradigma mais amplo encontra-se atrelado o arcabouço teórico focado neste capítulo) permite dotar o poder político de prerrogativas para sua atuação no sentido da manutenção e reprodução da ordem capitalista e proceder àquela já falada reserva de campo de intervenção, cingindo a área de atuação do Estado aos limites da esfera pública.⁷⁵

Dá, a um só tempo, meios de implementação do poder e garantias de não-desbordamento dos seus limites. Ou seja, fornece as duas condicionantes que são imprescindíveis à ordem capitalista e, segundo

73. Cf. Alaor Caffé Alves, *Estado e Ideologia*, pp. 211-252, especialmente p. 228.

74. São as palavras do professor italiano: “Na realidade, a diferença entre Estado e sociedade civil representa a forma de inclusão de todos na sociedade, a partir de perspectivas diferentes de cada sistema social e, em particular, da política e da economia. A unidade da sociedade apresentava-se como diferença. Essa modalidade da representação tornava legítima a destruição das classes sociais como representantes exclusivos dos interesses parciais, abriria o caminho para a racionalização ao perseguir o bem comum e permitiria individualizar, na política organizada regionalmente como Estado ou como Nação, o sistema especificado, ao vincular o futuro por meio de decisões programadas” (Raffaele De Giorgi, “Democracia, Estado e Direito na sociedade contemporânea”, *Cadernos da Escola Legislativa* 2(4)/25).

75. “En la ideología política del régimen burgués liberal dominante en el siglo pasado, el Estado, poder público por excelencia, tenía potestades limitadas. En su lugar se verá la razón e su Constitución material, pero, por ahora, es suficiente observar que esta garantizaba una plena libertad de competitividad económica y la libertad del conflicto social. Toda limitación a tales libertades se convertía, por tanto, en ‘intervencionismo’, el cual no necesariamente estaba prohibido. En algunos casos de excepción se admitía tal intervención como también se admitía en situaciones que interesaban a los grupos dominantes” (Massimo Severo Giannini, *El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas*, pp. 21-22).

Eros Grau, pressupõem a separação entre Estado e sociedade, “no que é reforçada a dicotomia Direito Público/Direito Privado”.⁷⁶

Destarte – conclui o Titular de Direito Econômico da USP –, “toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social”.⁷⁷ O Direito Administrativo cumpre, portanto, a dupla função de, a um só tempo, efetivar e legitimar o poder político.

24. Como já aludido anteriormente, a intervenção do Estado na seara privada busca justificar-se como sendo um instrumento apto à consecução do bem comum. O Direito Administrativo, portanto, legitima-se como arcabouço teórico necessário à concretização de interesses que são, a um só tempo, de todos e de ninguém em particular.

Tratou-se, pois, de engenhosa formulação da modernidade política – e particularmente de seu filho dileto, o Liberalismo – pela qual haveria uma vinculação direta entre a existência do Estado (enquanto detentor do poder decisório em última instância) e as finalidades deste poder (desigual, concentrado, unilateral e dotado de prerrogativa última do uso da força legítima⁷⁸), as quais a todos, supostamente, interessaria ver atingidas.

O poder político seria, pois, uma especial manifestação de poder que se justificaria, reproduziria e manteria enquanto pudesse demonstrar alguma utilidade⁷⁹ àqueles que lhe são sujeitos – utilidade auferida de forma abstrata a partir de “benefícios” fruíveis apenas coletivamente (não como indivíduo,⁸⁰ mas como membro de uma coletividade). Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, isto explica por que os institutos jurídicos são ordenados “para o Estado-poder alcançar o bem comum dos indivíduos coletivamente considerados, como

76. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 3ª ed., p. 126.

77. Eros Grau, *O Direito Posto...*, 3ª ed., p. 126.

78. Gianfranco Poggi, *Lo Stato: Natura, Sviluppo, Prospettive*, p. 19.

79. Não desconsideramos, aqui, a discussão entabulada por Habermas tendo por parâmetro as formulações de Weber no tocante à contraposição entre idéias e interesses e entre interesses materiais e interesses ideais (cf. *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, pp. 251 e ss.). Somente nela não adentramos pois, para os efeitos do que ora se arrazoa, fazê-lo implicaria desfocar demasiado o fio condutor do trabalho).

80. Resvalamos, aqui, no pensamento de Jeremy Bentham, na medida em que nos afastamos um tanto de uma justificação ética para a coesão da sociedade (v. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1970). Em que pese a esta aproximação, não adotamos como pressuposto que o interesse da comunidade corresponderia “à soma dos interesses dos diversos membros integrantes da referida comunidade”. Para uma análise do raciocínio de Bentham e das posições utilitaristas, sob a perspectiva contemporânea da teoria da representação, v., especialmente, pp. 211-231.

elementos do Estado-sociedade, como particulares de um todo político”.⁸¹

25. É neste quadrante que assume uma posição central no paradigma a noção de *interesse público*. Tal conceito vai servir, na prática do exercício do poder político administrativo e na teoria do Direito Administrativo, como uma verdadeira chave de abóbada, capaz de preencher os vazios do sistema, dar justificativa racional ao Direito e conferir coesão teórica ao modelo jurídico.

É a esta última suposição que nos ateremos no próximo tópico.

II.3 A concentração, delimitação e legitimação do poder político: o interesse público

26. Parece-nos ser justamente em decorrência dos três pressupostos acima indicados que a noção de *interesse público* ocupará um papel central no paradigma do Direito Administrativo.⁸² É que, como anota Marie-Pauline Deswarte, o interesse público cumpre para este ramo do Direito o papel de *instrumento* (elo de concentração), *limite* (elo de delimitação) e *fundamento* (elo de legitimação) do poder.⁸³

26.1 Funcionaria como instrumento de efetivação do poder político, pois traduz o caráter absoluto e perpétuo da soberania em *supremacia do interesse público* que molda as prerrogativas da Administração Pública.⁸⁴

26.2 De outro lado, serve de elemento de limitação do âmbito de atuação do poder político (e, portanto, de delimitação dos confins en-

81. *Princípios...*, v. I, p. 13. Neste mesmo sentido, v. Sebastião Alves dos Reis, “Uma visão do Direito, Direito Público e Direito Privado”, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 21/12.

82. Laurent Richer é peremptório nesse sentido: “Le postulat d’une différence de nature entre l’intérêt public et l’intérêt privé est à la base du Droit Public” (“Service public et intérêt privé”, *Archives du Philosophie du Droit*, t. 41, p. 293).

83. “Intérêt générale, bien commun”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique* setembro-outubro de 1988, pp. 1.309-1.311.

84. “Ditas características giram em torno naturalmente da singularidade dos sujeitos que o Direito Administrativo regula. A Administração Pública personifica o Poder do Estado; é por isto uma *potentior persona*, um personagem poderoso, cujo comércio jurídico aparece penetrado pela idéia de *poder público*. A Administração Pública, que, como temos visto, assume o serviço objetivo dos interesses gerais (...) dispõe para isto de um elenco de poderes exorbitantes do Direito Comum, de um *quadro de poderes de atuação dos quais não desfrutam os sujeitos privados*” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, p. 53).

tre as esferas pública e privada), na medida em que vincula sua atuação estritamente àquilo que possa ser justificado como necessário no “influxo de uma finalidade cogente”.⁸⁵

Como lembra Fernando Herren Fernandes Aguilar: “O Direito Administrativo ocidental capitalista [fórmula que, ousaríamos dizer, trata-se de maneira diversa de se referir ao mesmo Direito Administrativo próprio à Modernidade de que aqui tratamos] se ergue, assim, como um conjunto de técnicas jurídicas de controle da ação da administração do Estado, com finalidade de impedir que a ação do administrador seja conduzida no interesse deste ou daquele particular ou do próprio governante”.⁸⁶

26.3 Por fim, pôr-se-ia como elemento de legitimação do poder, pois serve como fundamento (retórico ou efetivo) da existência e da operacionalização do poder político como um todo e do poder político administrativo em particular, constituindo “o sistema ideal de legitimação da autoridade nos países submetidos ao Liberalismo”.⁸⁷

Ainda segundo Deswarte, a constrição da liberdade dos indivíduos pelo Estado somente poderá ser aceita por aqueles na medida em que logre se apresentar como encarnação da vontade de todos.

27. Sobre esta última função cumpre tecer mais algumas considerações, já que ela se põe importantíssima para o desenvolvimento dos tópicos seguintes.

Estamos a nos referir ao caráter finalístico (instrumental) do poder político e de quanto tal fator influencia a construção do Direito Administrativo, concorrendo para colocar a noção de *interesse público* no centro do paradigma que lhe é correspondente.

28. Voltando ao já visto anteriormente, o exercício do poder político no Estado Moderno pressupõe a inconstabilidade e a primazia do seu espaço decisório (a esfera pública) frente aos outros poderes sociais e demais interesses existentes na sociedade.

85. A expressão, extremamente feliz, foi cunhada por Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, 2ª ed., 1939). O autor é, dentre os doutrinadores brasileiros, talvez aquele que melhor sintetizou a centralidade da noção de interesse público para o juspublicismo, cunhando preciosas formulações como esta, nunca assaz citada: “Administração, segundo nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”.

86. *Controle Social de Serviços Públicos*, pp. 24-25.

87. J. J. Chevalier, *L'Intérêt Général dans l'Administration Française*, p. 325, apud Marie-Pauline Deswarte, “Intérêt générale...”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, setembro-outubro de 1988, p. 1.309.

Assim, como a soberania depende da construção de pressupostos teóricos de divisão entre os campos privado e público, qualquer ação levada a cabo dentro da esfera pública dependeria do seu atrelamento a interesses gerais, benefícios coletivos, necessidades sociais. É perfeita a síntese desta concepção formulada, com maestria, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: o “Poder Público harmoniza os interesses das famílias, harmoniza os interesses das organizações profissionais, harmoniza os interesses dos indivíduos (...) para atingir o alto objetivo do bem da coletividade. Essa é a sociedade política soberana”.⁸⁸

29. É neste quadro que o interesse público assume um lugar fundamental no modelo teórico do Direito Administrativo. Cumpre, como dissemos, no campo jurídico e especialmente na seara do “Direito interno ao Estado por excelência”, de que nos falamos Enterría e Fernández, papel semelhante ao exercido pelas noções de *vontade geral* ou de *bem comum* na formulação da Teoria Geral do Estado.⁸⁹ Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a expressão ‘interesse público’ aparece associada, com frequência, a outras expressões semelhantes, como ‘interesse geral’, ‘interesse coletivo’, ‘utilidade pública’, ‘interesse difuso’, ‘bem comum’ e tantas outras, mencionadas ora com sentidos idênticos, ora com sentidos diversos”.⁹⁰

30. Porém, na construção teórico-jurídica do Direito Administrativo o interesse público assume ainda maior relevo, pois que vai emparelhar com a noção de *autoridade* na estruturação de todo o arcabouço teórico em apreço.

A formulação acerca do que seja o *regime jurídico-administrativo* da qual nos dá conta Celso Antônio Bandeira de Mello é exemplar neste sentido. Para o notável juspublicista paulista, sobre o binômio prerrogativas da Administração/direitos dos administrados (ao nosso ver, uma das formulações correlatas à dicotomia público/privado) situam-se os dois princípios que conformam o conteúdo do sobredito “regime jurídico-administrativo”, a saber: a *supremacia do interesse*

88. “Sociedade e Estado”, *RDP* 15/52.

89. Odete Medauar afirma que “a expressão ‘interesse público’ pode ser associada a ‘bem comum de toda a coletividade’, à percepção geral das exigências da vida na sociedade” (*Direito Administrativo Moderno*, p. 145).

90. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 153. Nessa obra encontramos uma notável síntese da evolução do conceito matricial de *bem comum* e de sua imbricação com a noção jurídica de *interesse público* (pp. 154-158).

*público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.*⁹¹

30.1 Segundo o autor, o princípio da supremacia do interesse público coloca-se como verdadeiro “axioma reconhecível no moderno Direito Público”, o qual, ao proclamar a supremacia do interesse da coletividade sobre o de outro particular,⁹² erige-se “como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”, verdadeiro pressuposto “de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.⁹³

Resume Celso Antônio⁹⁴ tal princípio afirmando que ele significa “que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares”, o que lhe confere prerrogativas de “constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral” ou, em outras oportunidades, alterar relações jurídicas preestabelecidas.

30.2 O outro princípio fundamental do regime jurídico-administrativo é, ainda segundo Celso Antônio,⁹⁵ a indisponibilidade dos interesses públicos. Esta vem definida como decorrente da circunstância de que os bens e interesses que estariam sob a tutela da Administração (porquanto e portanto, bens e interesses públicos) “não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”, pois o detentor do poder político teria não apenas prerrogativas e meios defluentes da autoridade, mas também uma obrigação de exercitá-los “nos termos das finalidades a que estão adstritos”.

30.3 E, consoante Celso Antônio, os dois princípios “axiomáticos” são de tal relevância para o regime jurídico-administrativo⁹⁶ aci-

91. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, 13ª ed. Ambos os princípios, que têm posição angular na teorização do autor (a qual – deve-se reconhecer – influenciou e influencia grande parte dos doutrinadores do Direito Público Brasileiro), orbitam em torno da noção de interesse público, ilustrando a centralidade do conceito para a estruturação do paradigma aqui enfocado.

92. V. também Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, p. 146.

93. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, 13ª ed., p. 30.

94. *Idem*, *ibidem*, p. 31.

95. *Idem*, *ibidem*, p. 34. Segundo o autor, “sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade (...) não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”.

96. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por seu turno, afirma que “o princípio da supremacia do interesse público constitui, sem dúvida alguma, um dos alicerces de todo o Direito Público e, conseqüentemente, também do Direito Administrativo” (*Discricionariedade...*, p. 153).

ma referido que somente à sua luz é que devem ser compreendidos todos os demais princípios⁹⁷ a que se submete a Administração, e que constituem, portanto, as bases do Direito Administrativo Moderno (legalidade, obrigatoriedade da função, isonomia, publicidade, inalienabilidade, controle judicial, e outros que a doutrina cuidou de agregar ou desdobrar).

31. Portanto, partindo-se do peso e do significado doutrinário do raciocínio acima sintetizado, podemos afirmar que os principais vetores do “regime jurídico-administrativo” (ou, dito de outro modo, do paradigma com o qual aqui nos detemos) se enredam em torno da noção de *interesse público*. Trata-se, na verdade, da idéia-força que – segundo Escola – “verdadeiramente sustenta e fundamenta todo o Direito Administrativo”.⁹⁸

Forçoso reconhecer, portanto, a centralidade que tal formulação ocupa no arcabouço teórico do Direito Administrativo.

32. A questão que se coloca, porém, é que, na mesma medida em que a ação do poder político nos lindes do Direito (e do Direito Administrativo, por suposto) somente se justifica se adequada à perseguição do interesse público, de outro bordo, o arcabouço teórico deste ramo jurídico será edificado sobre as bases do princípio da supremacia absoluta do interesse público sobre o privado. Ao formular o princípio a partir do conceito de supremacia, o paradigma em tela já renuncia a idéia de que o interesse público se contrapõe aos interesses privados, razão por que deverá predominar, prevalecer, superar, sobrepor, os interesses privados.⁹⁹ Mais ainda, indica que o interesse público se coloca como um ente uno, exclusivo, singular, em cada situação concreta, que rivaliza com os interesses privados, estes necessariamente plurais.

97. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso...*, 13ª ed., pp. cit., pp. 26-29.

98. *El Interés Público*, p. 32.

99. Esta formulação é perfeitamente sintetizada por Edmir Netto de Araújo: “Como a esse comando [o comando disciplinador da vida social pelo Estado] são deferidas essas atribuições de interesse geral, ele terá o poder de ditar regras gerais de comportamento para a vida em comum, que deverão por todos ser obedecidas, e tais regras e atos, de interesse geral (público), devem preponderar sobre os interesses dos particulares. Uma vez que o interesse geral prepondera sobre o particular, o regime jurídico das relações da entidade com seus integrantes é exorbitante do Direito Comum” (“Os princípios administrativos na Constituição de 1998”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, dezembro de 1990, p. 135).

Tal concepção encontra explicações históricas.¹⁰⁰ De fato, construído como oposição ao individualismo vigente no período anterior,¹⁰¹ no qual prevaleciam os interesses individuais, privados, “chegou-se facilmente à falsa idéia de que sua negação [dos interesses privados] representaria o interesse comum”.¹⁰² Isso na medida em que – segundo Caio Tácito – o “Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social”.¹⁰³

Segue daí subjazer à própria noção de interesse público, sobre o qual se apóia o Direito Administrativo, um pressuposto de oposição, de embate,¹⁰⁴ de afirmação pela negação, segundo o qual a consagração do interesse público se oporia essencialmente aos interesses privados e, destarte, somente se efetivaria a partir de algum sacrifício ou restrição de interesses dos particulares.¹⁰⁵ Algo que, aliás, se prende diretamente à dicotomia entre as esferas pública e privada,¹⁰⁶ sobre a

100. Para um apanhado da evolução histórica da noção de *interesse público*, ainda que de forma um tanto genérica, v. Sueli Solange Capitula, “Interesse público – Princípio constitucional implícito”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 17/170-187. Para um apanhado histórico da dicotomia público/privado e sua relação com a construção do pensamento jurídico, v. Guglielmo Nocera, *Il Binomio Pubblico/Privato nella Storia del Diritto*, 1989.

101. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 62.

102. Fernando Herren Fernandes Aguillar, *Controle Social...*, p. 25.

103. “Evolução histórica do Direito Administrativo”, *Temas de Direito Público*, v. 1, p. 3.

104. V., por exemplo, Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 2ª ed., p. 14.

105. Este caráter de oposição necessária entre interesse público e interesses privados é bem ilustrado com exemplo extraído de outro campo do Direito Público, o Direito Penal. O art. 321 do Código Penal (reflexo da visão que se tinha da Administração Pública nos idos de 1940) cuida do apenamento da advocacia administrativa. Indo ao tipo penal, vamos verificar que a conduta punível é exatamente o patrocínio perante a Administração Pública de interesse privado. Conjugando o tipo com sua figura qualificada, prescrita no seu parágrafo único, percebe-se que a conduta típica prescinde de ser ilegítimo o interesse privado “patrocinado”. Revela-se aí a falsa oposição entre interesse público e interesse privado, pois que torna apenável a conduta de servidor que simplesmente respalda ou encaminha perante a Administração legítimo interesse de particular. Decorre daí o fato de que a norma penal pressupõe a impossibilidade de o agente público estar a agir na consumação de interesse público que coincida com o interesse privado de terceiros, indicando um *a priori* lógico de que o interesse privado necessariamente se contraporá ao interesse público. Em suma, subjaz àquele tipo penal uma oposição frontal entre o interesse público e o privado, como se tais interesses não pudessem ser, em alguns casos, coincidentes.

106. “La distinction public/privé implique une représentation dichotomique, bipolaire, de la vie sociale. La société est censée être formée de deux sphères distinctes,

qual nos debruçamos no capítulo inicial, vista a partir do *primado do público*, de que nos fala Bobbio.¹⁰⁷

33. Essa oposição negativa vai encontrar sólidas críticas na doutrina,¹⁰⁸ porém a elas voltaremos mais adiante. O que realmente importa, por ora, é que a idéia de contraposição entre interesse público e interesses privados e a singularidade daquele colocam, logicamente, a questão da identificação do que venha a ser o interesse público. Se a Administração Pública é concebida como sendo “uma modalidade específica de alcançar o interesse público”,¹⁰⁹ é incontornável a discussão acerca do que venha a ser o interesse público ou, quanto menos, quais os elementos que podemos vislumbrar para aferir onde este reside em cada caso concreto.

Vejamos primeiro os problemas subjacentes à definição para, depois, ponderar as questões relacionadas à sua aferição.

34. O conceito de interesse público é daqueles em que, após grande esforço de pesquisa e reflexão com vistas a tentar defini-lo, conclui-se por indagar: mas para quê, mesmo, importa defini-lo?

É que – como adverte Dalmo Dallari – existe uma “impossibilidade de consideração genérica, prévia e universalmente válida do que seja o interesse público, revelando-se inevitável a avaliação pragmática do que é interesse público. Em cada situação será indispensável fazer a verificação, uma vez que não há um interesse público válido universalmente”.¹¹⁰ Ou – como afirma Pizzorusso – não se cuida de uma expressão “direta e univocamente definível”.¹¹¹

séparées par une cloison étanche: d’un côté, la sphère privée, fondée sur la libre initiative individuelle et structurée autour des rapports d’interaction qui se nouent entre les individus et les groupes. (...) de l’autre, la sphère publique, condensant les rapports d’autorité et de contrainte, qui intègre l’ensemble des fonctions de direction et de gestion de la collectivité. (...) la différenciation du public et du privé relève ainsi de cet ‘art de la séparation’ qui, (...), est au cœur de la pensée libérale” (Jacques Chevallier, *Public/Privé*, p. 6).

107. A qual, segundo o autor, *se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até eventual supressão, do segundo pelo primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, e portanto sobre a crítica de uma das teses mais correntes do utilitarismo elementar* (*Estado...*, 3ª ed., p. 24).

108. V. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, pp. 36 e 235 e ss.

109. Idem, *ibidem*, p. 44.

110. “Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada”, *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/9-15.

111. “Interesse pubblico e interessi pubblici”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, março de 1972, p. 68 (trad. nossa).

Alguns autores procuram segmentar o enfoque do conceito a partir de abordagens metodológicas diversas¹¹² (enfoque jurídico, econômico, sociológico ou ainda *metassociológico*¹¹³), dando trilhas teóricas para reflexão do tema sem deixar de transparecer uma certa perplexidade diante dele, como bem aponta Dallari.¹¹⁴

Contudo, também destes esforços resulta a conclusão bem sintetizada por Stephen Bailey ao afirmar que a centralidade do conceito de interesse público para a modernidade política “não está na sua clareza, mas na sua intromissão caprichosa e persistente nos diálogos íntimos e manifestos de governantes e governados”.¹¹⁵

O que podemos afirmar, seguindo o escólio de Dallari, é que o interesse público não admite uma “definição-tela”,¹¹⁶ aplicável a qualquer situação em que ele se coloque.¹¹⁷ Porém, ele se prende a um

112. V. Carl J. Friedrich (org.), *O Interesse Público*, especialmente pp. 25-35.

113. V. Gerard Colm, “O interesse público: chave essencial da política pública”, in Carl J. Friedrich (org.), *O Interesse Público*, pp. 126-127. Segundo Colm, o enfoque metassociológico difere do meramente sociológico pois, embora leve em conta aspectos axiológicos, parte de um pressuposto pelo qual apenas um sistema fundamental de valores é reconhecido.

114. “Interesse público...”, *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/13.

115. “O interesse público: alguns dilemas funcionais”, in Carl J. Friedrich (org.), *O Interesse Público*, p. 113.

116. Héctor Jorge Escola ensaia uma definição nos seguintes termos: “El interés público es el resultado de un conjunto de individuales, compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se lo opongan o lo afecten, a los que desplaza o substituye, sin aniquilarlos” (*El Interés Público...*, pp. 249-250). Em que pese o esforço do célebre publicista, a tentativa resulta mais em um interessante ajuntamento de critérios para perquirição do interesse público (deve ele refletir as expectativas de parcela majoritária dos indivíduos conviventes na sociedade; não deve ser abstrato e indeterminado; deve ser atual – v.g., historicamente situado; e não serve para anular os interesses individuais dos quais, em suma, provém) do que numa definição útil, tais a abrangência e a abertura dos seus elementos construtivos. Ademais, a definição desenhada por Escola nos remeteria à regra de maioria, a qual enseja inúmeros outros problemas, como bem demonstrou Celso Campilongo (*Direito e Democracia: a Regra de Maioria como Critério de Legitimação Política*, 1991).

117. Decidindo sobre a amplitude da legitimação processual conferida pelo art. 82, III, do Código de Processo Civil para o Ministério Público intervir no processo quando existente interesse público, o egrégio Supremo Tribunal Federal consignou que “no exame de cada caso concreto deve o julgador identificar a existência ou não de interesse público” (RE 90.286, rel. Min. Djaci Falcão, j. 28.9.1979, RTJ 94/902). No

substrato cultural disperso pela coletividade (designada pelo autor genericamente como “povo”), ainda que considerando a heterogeneidade desta.¹¹⁸

35. Em que pese à dificuldade de definição,¹¹⁹ a doutrina tem produzido importantes elementos de classificação e de delimitação conceitual.

35.1 Uma das mais importantes contribuições neste sentido foi aquela perpetrada pela doutrina italiana – Renato Alessi¹²⁰ à frente – ao apartar os *interesses* (públicos) *primários* dos *secundários*. Por esta classificação, aqueles – primários – seriam os interesses públicos efetivos, reais, correspondentes àqueles albergados pela coletividade como um todo, verdadeira razão de ser do poder político. Os interesses secundários, ainda que referenciados pelos entes públicos, seriam aqueles tidos pelo Estado enquanto sujeito de direitos diverso do todo social. Nesta toada, os interesses secundários somente poderiam ser efetivados pela atuação da Administração Pública se e quando absolutamente convergentes com os interesses primários. Assim, foi possível à doutrina divisar no âmbito da noção genérica de interesse público (i) os interesses do Estado fruto da outorga de poderes pela sociedade, (ii) e aqueles interesses do Estado enquanto esfera pública personalizada nos moldes do que asseveramos no capítulo anterior.

35.2 De outro lado, os processualistas oferecem significativa contribuição ao expor a diferenciação entre *interesse público*, *interesses coletivos* e *interesses difusos*, considerando-os, todos, espécies do gênero *interesses meta-individuais*.¹²¹ O primeiro (*interesse público*),

mesmo aresto vemos que o interesse público referido no Código “quer significar um interesse geral ligado a valores de maior relevância, vinculados aos fins sociais e às exigências do bem comum que a vontade própria e atual da lei tem em vista”.

118. Dalmo de Abreu Dallari, “Interesse público...”, *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/14. Em igual sentido parece ir Escola (*El Interés Público...*, p. 31).

119. A qual – segundo José Eduardo Faria – cumpriria um papel de assegurar condições institucionais para que “o sistema social possa viver em paz, mediante o recurso a expedientes retóricos para neutralizar a impossibilidade de se formular, em termos substantivos, um sentido indiscutível, homogêneo e congruente de interesse público” (*Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 75-76).

120. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1960. V. também *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, 1970.

121. As linhas que adiante se resumem foram extraídas do texto de Ada Pellegrini Grinover, “A problemática dos interesses difusos”, in Ada Pellegrini Grinover (org.), *A Tutela dos Interesses Difusos*, pp. 29-45.

sintomaticamente tratado no singular, à diferença dos outros dois, seria aquele “de que todos compartilham”.¹²² *Coletivos* seriam aqueles interesses correspondentes a uma dada coletividade e àqueles que a integram “a partir de um vínculo jurídico definido”.¹²³ Por fim, *interesses difusos* seriam aqueles “que não encontram apoio em uma relação-base bem definida”,¹²⁴ mas em “situações relacionais” disseminadas pela sociedade.

Desta formulação, extremamente relevante nas discussões em torno da legitimação para tutela de interesses meta-individuais, pretendemos, por ora, apenas extrair o caráter *marcadamente singularizado, monolítico, único, de que se reveste a noção de interesse público*. Na visão de outro processualista “é a unanimidade social, pois que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à idéia de contraprincípios ou contra-interesses, tão comuns no campo de outros interesses tipicamente supra-individuais”.¹²⁵

Exsurge, pois, inerente à noção tradicional de interesse público, que ele seja um conceito sempre precedido do artigo definido (*o* interesse público), reportando-nos sempre à impressão de exclusividade: haveria um e apenas um interesse que se pode reputar como público em cada manifestação do poder político. E a este interesse, singular, se oporiam vários interesses privados, atomizados pela coletividade. Inadmitir-se-ia a coexistência ou a conflitividade de interesses que sejam *supra-individuais* ou *transindividuais*, para lançar mão do ferramental teórico dos processualistas.

No âmbito do paradigma aqui estudado, ainda que vago e genérico, *o interesse público seria absoluto, uno, indivisível e exclusivo*, cabendo ao operador do Direito Administrativo saber divisá-lo, em cada situação concreta, a partir dos parâmetros postos pela lei.

36. Neste passo, parece possível voltar à função de legitimação que o interesse público exerce no Direito Administrativo Moderno, pois é justamente por cuidar de uma formulação aberta e indeterminada, porém também singular, que a noção de interesse público vai permitir que o paradigma se apresente – nas palavras de José Eduardo

122. Ada Pellegrini Grinover, *idem*, *ibidem*.

123. *Idem*, *ibidem*.

124. *Idem*, *ibidem*.

125. Antônio Herman Benjamin, “A insurreição da Aldeia Global”, in Édis Milaré (org.), *Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Dez Anos Depois*, p. 91.

Faria – “seguro e elástico, justo e compassivo, socialmente eficaz e moralmente eqüitativo”, conseguindo equilibrar, conforme o momento histórico, “as intrincadas relações entre o individual e o coletivo, (...) entre a liberdade de cada cidadão e as exigências de natureza coletiva”.¹²⁶

É justamente por se entropor aos dois vetores, contraditórios, em torno dos quais se edifica a modernidade política (soberania – unicidade, singularidade – e separação das esferas pública e privada – diversidade, pluralidade) que o interesse público tem que ser uma “caixa de ressonância entre os diferentes valores de cada membro da sociedade”.¹²⁷

O convívio com essa contradição entre os dois vetores é possível exatamente porque a noção de interesse público, ao mesmo tempo em que é central para o Direito Administrativo, é suficientemente vaga e aberta para admitir, ao longo do tempo, variações, adaptações e utilizações que asseguraram a permanência do paradigma,¹²⁸ ainda que tal processo trouxesse em si o embrião de sua crise.¹²⁹

37. A supra-enfocada questão da indeterminação conceitual, consoante acima delineada, remete-nos a outra, tanto mais relevante. Nas palavras de Pizzorusso, “o problema que realmente deve ser enfrentado por quem se debruça sobre a função do interesse público no Direito não consiste em elaborar uma definição mais ou menos exauriente e precisa, mas sim estabelecer como se procede, segundo o Direito, à identificação do interesse público”.¹³⁰

É o que intentamos fazer na seqüência.

126. *Direito e Economia...*, p. 77.

127. José Eduardo Faria, *Direito e Economia...*, p. 77.

128. Calha aqui, perfeitamente, a colocação de Gunther Teubner. Analisando a crescente funcionalidade do Direito, alude o autor alemão à crescente necessidade de flexibilização do Direito, de modo a oferecer maleabilidade para absorção e processamento de conflitos típicos de sociedades complexas. Diz Teubner que exemplo paradigmático disso podemos encontrar nas cláusulas gerais como, diz expressamente, ocorre com “interesse público”. Afirmar Teubner que “a abertura e indeterminação de tais cláusulas torna-as particularmente apropriadas ao tratamento dos conflitos entre esferas sociais autônomas” (*O Direito como Sistema Autopoiético*, pp. 230-231).

129. Cf. Ernest S. Griffith, “Os fundamentos éticos do interesse público”, in Carl J. Friedrich (irg.), *O Interesse Público*, p. 26.

130. “Interesse publico...”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, março de 1972, p. 68 (trad. nossa).

II.4 O Direito Administrativo e a concretização/interpretação do interesse público

38. Vimos há pouco que o paradigma do Direito Administrativo pressupõe que o poder político cingido na esfera pública somente pode ser exercido com vistas ao atingimento daquelas finalidades que justificam a outorga deste poder pela sociedade.

Tal construção representa um mecanismo do Direito Moderno para delimitação da esfera pública e legitimação deste poder perante a sociedade.

Na dicção de Paolo Biscaretti Di Ruffia “todas as funções do Estado” revelam-se a um só tempo “livres e vinculadas: livres porque, consideradas em seu conjunto, encabeçam todo o poder de governo soberano do Estado, e vinculadas porque nenhum órgão pode ultrapassar os limites que lhe foram impostos”, devendo exercer tal poder nas funções e modalidades “requeridas pelos correspondentes interesses públicos que deverão ser tutelados”.¹³¹

Ainda que variem os instrumentos de atuação do Estado Moderno, conforme variem suas funções desde um modelo liberal até um modelo intervencionista (inclusive chegando à configuração hoje verificada), seus pressupostos permanecerão atrelados aos eixos básicos da concepção originária do Estado ao qual estão ligados: a primazia da autoridade pública sobre os particulares (decorrência da soberania caracterizadora do poder do Estado¹³²); a reserva de limites para o exercício da atividade estatal – limites, estes, cuja amplitude varia, mas que sempre estão presentes (decorrência da grande dicotomia público/privado de que nos fala Bobbio¹³³); e a necessidade de justificação da atividade estatal com vistas ao atingimento das finalidades coletivas.

Em qualquer hipótese, os limites da atuação do poder político na consecução das finalidades coletivas que lhes eram confiadas seriam ditados pela lei. Ninguém melhor que Afonso Rodrigues Queiró para ilustrá-lo. No seu célebre trabalho monográfico sobre o desvio de poder, o publicista, enfocando a questão da margem de discricionariedade

131. *Direito Constitucional – Instituições de Direito Público*, p. 134.

132. Para uma crítica da utilização do conceito de soberania para caracterizar o poder enfeixado pelo Estado contemporâneo v. Antônio Assumpção, “O Estado contemporâneo – Aspectos formais”, *RDP* 14/162.

133. Cf., uma vez mais, *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., pp. 13-31.

de que possui a Administração, assevera que, em tese, “o legislador marca, na categoria objetiva do interesse público, a medida que deve ser tomada como única legal”.¹³⁴

Assim posta a questão, pareceria bastante simples a estruturação da atividade administrativa dentro do Estado de Direito. Ela seria simples quando o exercício da competência ou da função pública decorresse direta e explicitamente da norma.

Com efeito, o princípio da legalidade cumpre a função de preencher uma lacuna funcional no paradigma do Direito Administrativo. Segundo seus cânones, o conteúdo e os limites do exercício da autoridade estariam insculpidos na lei. Destarte, o poder político – detentor de prerrogativas exorbitantes ao Direito Comum – somente poderia ser exercitado nos limites e para atingimento das finalidades (de interesse público) prescritas na lei.¹³⁵ Como ensina Ernst Forsthoff, é a existência de um interesse geral no exercício das funções administrativas que explica e justifica os poderes excepcionais detidos pela Administração.¹³⁶

Neste quadrante, estamos diante do processo de positivação do interesse público, segundo o qual tal interesse seria exata e unicamente aquele que a lei definisse como tal.

Daí o caráter absoluto da noção de *interesse público*. Segundo Bobbio essa *absolutização do conceito* seria fruto da monopolização do Direito por parte do legislador, processo que se afirma desde o Absolutismo e que se fortalece com o Liberalismo.¹³⁷

39. Porém, com o crescimento das funções do Estado¹³⁸ e com a crescente ampliação da margem de indefinição do que sejam as finalidades coletivas justificadoras do exercício do poder político, esta teorização tornar-se-á problemática.

Deixemos falar Massimo Severo Giannini. Para o grande publicista italiano, no Estado Liberal (previamente ao que ele designa de Estado Pluriclasse) “a teorização dos juristas era muito simples: de

134. *Reflexões sobre a Teoria do “Desvio de Poder”*, p. 72.

135. Tal cânone vem expresso no “princípio da reserva legal”, segundo o qual no Direito Público vale o pressuposto de que a autoridade só pode agir onde e quando a lei expressamente autoriza, ao contrário do mundo privado, onde se pode agir como, onde e sempre que a lei não vede.

136. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 25-26.

137. *Il Positivismo Giuridico*, pp. 37 e ss.

138. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 110.

um lado se punham os interesses dos particulares, reportados ao princípio da autonomia privada; do outro o interesse público, entendido como interesse da generalidade, da inteira coletividade estatal”.

Com o advento do Estado de Bem-Estar Social (ou Estado Pluri-classe) – diz Giannini – emergem a inadequação e a insuficiência desta teorização, “porquanto os interesses de grupos heterogêneos foram, uns e outros, qualificados como públicos e tutelados como tais pelo Direito Positivo”. Ademais, a complexidade intensifica-se com o advento da conflitividade (oposição) entre interesses, amplos, coletivos, de grupos diversos. Por fim – diz Giannini –, tal complicação se avoluma quando “o legislador opta por imputar a entidades públicas o desempenho de atividades tocantes a uma vasta parcela da coletividade e que implicam a atuação como empreendedores privados”. Daí a concluir que hoje, na realidade, “os interesses de muitos sujeitos públicos se apresentam idênticos aos interesses dos sujeitos privados”.¹³⁹

40. O Direito Administrativo está diretamente relacionado à função que este Estado, através da Administração Pública, exerce perante e para a sociedade.¹⁴⁰ Como assevera, em feliz passagem, Maria João Estorninho: “Existe uma relação inevitável entre os ‘modelos de Estado’ e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. Na verdade, o ‘modelo de Estado’ adotado em certo momento e em certo local determina, desde logo, as funções que incumbem à respectiva Administração Pública. De fato, os fins que o Estado se propõe prosseguir condicionam de forma indissociável as atribuições das respectivas entidades administrativas; por sua vez, essas funções atribuídas à Administração Pública determinam as formas de organização e as formas de atuação que por ela são adotadas”.¹⁴¹

Numa concepção liberal clássica de Estado (o Estado mínimo, voltado exclusivamente para as funções de segurança e estabilização das relações sociais) a normatização das funções do Estado praticamente confunde-se com as liberdades públicas. O conteúdo do interesse público é simples: reside em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei.

Num contexto de um Estado provedor, fortemente atuando através de políticas públicas, o campo de manifestação da atividade admi-

139. Idem, ibidem, v. 2, p. 111 (trad. nossa).

140. V., neste sentido, a introdução de Carlos Ari Sundfeld ao texto “Declaração de desnecessidade de cargos públicos”, RTDP 6/128.

141. *A Fuga...*, p. 17.

nistrativa cresce e se potencializa.¹⁴² Expressar e explicitar o que seja o interesse público na lei mostra-se mais complexo, pois este interesse se aproxima e se envolve com os interesses (ou necessidades) concretos, materiais, de parcelas do todo social.

Variando as funções e objetivos concretos perseguidos pelo poder público, variarão os instrumentos e institutos deste ramo jurídico. Assim, a título de exemplo, o Estado contrata particulares a fim de lhes cometer tarefas imprescindíveis para prover as necessidades sociais (criando novos ramos do Direito Administrativo – v.g., as licitações e a teoria dos contratos administrativos¹⁴³); precisa arremeter contingente cada vez maior de pessoal para exercer novas e crescentes funções burocráticas (criando-se a matéria atinente ao servidor público); tem que prestar serviços essenciais (abrindo campo para se desenvolver a teoria do serviço público, das concessões deste etc.). Alguns autores – como Habermas – sustentam, inclusive, que este crescimento da área de atuação estatal e a conseqüente adoção de mecanismos jurídicos próprios do Direito Privado teriam levado ao colapso das clássicas categorias de Direito Público e de Direito Privado.¹⁴⁴

41. Como nos ensina Jesús Leguina-Villa, a seleção dos interesses existentes na sociedade que merecem ser tomados como *interesses*

142. Cf. M. S. Giannini, *El Poder Público...*, p. 45. Não se pode deixar de ter em vista que o Direito Administrativo se desenvolve com maior velocidade quando o Estado assume funções que anteriormente não lhe eram cometidas, particularmente com o advento do Estado de Bem-Estar. V., neste sentido, dentre tantos, A. Gordillo, “Las tendencias actuales del Derecho”, in José Luís Sobranes (org.), *Tendencias Actuales del Derecho*, p. 185. Este desenvolvimento, porém, virá prenhe da crise deste ramo jurídico.

143. A respeito da questão – outrora candente, hoje entre nós praticamente superada – da contradição entre a idéia de contrato, pressupondo a liberdade e igualdade entre avençantes, e a idéia de Direito Público, baseada, esforçamo-nos por afirmar, nas prerrogativas desuniformes, na desigualdade e na subordinação do administrado frente a Administração, vale referir instigante e consistente estudo de Sérgio Resende de Barros (*Liberdade e Contrato*, 1995) no qual o autor enfoca a licitação e o contrato administrativo a partir de um pano de fundo das relações de liberdade e da contratualística subjacente à Teoria do Estado. Quanto ao ponto específico aqui referido, v. pp. 51-62.

144. “Por fim, o sistema jurídico privado é invadido pelo crescente número de contratos entre o Poder Público e pessoas privadas. (...) a desigualdade dos parceiros, a dependência de um em relação ao outro, dissolve também aqui o fundamento da relação contratual rigorosa; (...). Com a fuga do Estado para fora do Direito Público, com a transferência de tarefas da Administração Pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do Direito Privado, ou seja, a privatização do Direito Público. Os critérios clássicos do Direito Público tornam-se caducos uma vez que a Administração Pública se utiliza de meios do Direito Privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar” (Habermas, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, pp. 180-181).

públicos caberia em um primeiro lugar ao legislador, e em segundo, conforme a margem da abertura deixada pela lei, aos órgãos de governo no exercício da sua função de direção política, respeitadas as margens de competência definidas constitucionalmente.¹⁴⁵

Sempre houve uma margem deixada pelo legislador para que o exercente do poder político delimitasse o que viria a constituir, concretamente, o interesse público em cada manifestação do poder político na seara administrativa. Porém, com o crescimento das áreas e formas de atuação do Estado essa margem amplia-se enormemente.¹⁴⁶ Quanto mais amplas e mais complexas se tornam as manifestações do poder político, menos explícitos se mostram os limites legais para o exercício da função pública.

Assim, maior será a capacidade secundária, e menor a capacidade primária, de definição dos interesses públicos – para aproveitarmos a distinção de Leguina-Villa¹⁴⁷ – quanto mais se outorgam àqueles que exercem o poder político prerrogativas para delimitar onde reside o interesse público a justificar a ação do Estado ou, se quisermos, do aparato administrativo.¹⁴⁸

42. Neste contexto, coloca-se inevitável analisar a mudança conceitual no papel do corpo burocrático inerente ao Estado Moderno. Evidentemente, fazemos referência ao fenômeno da profissionalização da Administração Pública, a partir da criação de mecanismos de administração centralizada¹⁴⁹ e da criação de corpos burocráticos estáveis aptos a gerir o Estado, segundo a clássica lição de Max Weber:

145. “A Constituição Espanhola...”, *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/635.

146. Cf. Giorgio Piva, “L’amministratore pubblico nella società pluralista”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2ª, pp. 487-505.

147. “A Constituição Espanhola...”, *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/636.

148. Para uma perspectiva crítica à visão da Administração como detentora da capacidade de definir o conteúdo da vontade única da coletividade, v. Giorgio Rebuffa, “La crisis...”, in Roberto Bergalli (org.), *El Derecho...*, p. 322.

149. Para nuançar a relevância do surgimento de mecanismos de administração centralizada vale trazer à cita o escólio de Odete Medauar. Abordando o Direito Administrativo anglo-saxônio a professora paulista comenta: “Menciona-se também a ausência de administração central na Inglaterra, pelo domínio do regime do *self government*, em que a administração da comunidade cabia a representante da mesma, o *justice of peace*, sem vínculo hierárquico com a Coroa, justamente pela abolição do *Star Chamber*. A inexistência de administração central também dificultou a formação de corpo de normas nitidamente distintas daquelas que se aplicam aos particulares” (*O Direito...*, pp. 46-47).

“Somente a burocratização do Estado e do Direito reconhece a definitiva possibilidade de uma rigorosa distinção conceitual entre uma ordem jurídica ‘objetiva’ e os direitos ‘subjettivos’ dos indivíduos garantidos por ele, assim como permite a separação entre o Direito ‘Público’ [*concernente às relações entre as autoridades e os súditos*] e o Direito ‘Privado’, que regula as relações dos indivíduos sujeitos ao poder entre si. A burocratização pressupõe a separação abstrata entre, de um lado, o Estado (enquanto suporte abstrato dos poderes de mando e criador das ‘normas jurídicas’) e, de outro, todas as atribuições pessoais dos indivíduos”.¹⁵⁰

43. É que, como já afirmamos no capítulo anterior, o Estado Moderno fez substituir o poder político centrado em relações hierárquicas e estamentais (típicas do feudalismo) pelo poder impessoal e com pretensões universalistas. O espaço de operação do poder, antes preenchido pelas relações pessoais e naturais de vassalagem, será ocupado pela Administração, ou seja, pelas instituições do Estado.

Após se firmar a idéia de soberania em sede do Absolutismo,¹⁵¹ com o advento do Estado de Direito, impessoalizam-se o poder e a Administração, desvinculando a soberania da pessoa do soberano e permitindo que os agentes públicos (v.g., os exercentes de função pública e os ocupantes de cargos públicos) passassem a concretizar, dentro de marcos legais, mais ou menos tênues, as funções desse poder.¹⁵²

A lógica interna da dominação burocrática de que nos fala Weber é a de exercício profissional, técnico, impessoal, do poder atribuído ao Estado. Requer uma “objetividade racional formal por parte do regime de governo”, sendo posta em xeque quando “os postulados de uma legalidade material colocados no caso concreto e para uma pessoa concreta se chocam com o formalismo e a objetividade ‘fria’”.¹⁵³

150. *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 749. No mesmo sentido v. pp. 173-180 e 716-752, em especial p. 749. V. também R. Bendix, *Max Weber, um Perfil Intelectual*, pp. 323 e ss.

151. Novamente recorremos ao compêndio de Juan Afonso Santamaría Pastor: “No hay ruptura, en cambio, sino continuidad y reforzamiento en el plano real de la acción estatal. En él, el Estado libera; es un auténtico heredero – a beneficio de inventario – del monarca absoluto, como se manifiesta. sobre todo, en el ámbito de la Administración Pública: el Derecho Administrativo será el punto de convergencia de las técnicas de acción absolutistas y las exigencias de libertad y garantía que la gran Revolución aporta: de ahí su permanente tensión interior” (*Fundamentos...*, p. 130).

152. V. Paolo Giocoli Nacci, “Riflessioni e divagazioni in tema di legalità. Evoluzione e deviazioni nel funzionamento delle istituzioni”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2ª, pp. 197-222.

153. Max Weber, *Economía y Sociedad*, 2ª ed., 1ª reimpr., p. 735.

44. Tal lógica é afrontada quando o desenvolvimento do Estado (ditado pelas próprias necessidades criadas na sociedade pelo processo de desenvolvimento econômico capitalista¹⁵⁴) leva a um esgarçamento do princípio da legalidade e, via de conseqüência, a um aumento da margem de discricionariedade outorgada ao aparato burocrático, no exercício das funções que lhe são atribuídas.

Em uma palavra, de corpo profissional, impessoal, técnico e objetivo, a burocracia de Estado torna-se, mais e mais, “intérprete do interesse público”. Diante da indefinição ou da abertura conceitual da lei, passa o agente burocrático a ser o ente capacitado para, no caso concreto, definir unilateralmente onde reside o interesse público justificador de uma manifestação concreta do poder político.

Neste passo coloca-se relevante a análise de Habermas, para quem deste processo decorre, ao invés da incorporação dos indivíduos ao processo decisório, uma exclusão. Diz o autor: “A redução da representatividade pública que ocorre com a mediatização das autoridades estatais através dos senhores feudais cede espaço a uma outra esfera, que é ligada à expressão ‘esfera pública’ no sentido moderno: a esfera do Poder Público. Esta se objetiva numa administração permanente e no exercício permanente”.¹⁵⁵

E mais adiante complementa dizendo que “o poder público se consolida em algo antitético e que apenas é tangenciável por aqueles que lhe são meros subordinados e que, de início, só encontram nele a sua própria definição negativa. Pois eles são pessoas privadas que, por não terem qualquer cargo burocrático no Estado, estão excluídas da participação no poder público. Neste sentido estrito, ‘público’ se torna sinônimo de estatal; o atributo não se refere mais à ‘Corte’ representativa, com uma pessoa investida de autoridade, mas antes ao funcionamento regulamentado, de acordo com competências, de um aparelho

154. Eros Roberto Grau nos dá contribuição para bem situar esta ampliação das funções do Estado. Diz: “No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração e de modernização e legitimação capitalista. Essa atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o Socialismo, seja mediante a superação do Capitalismo e do Socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico” (*Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 61). Acerca do enfoque à Modernidade como relação ao mesmo tempo vinculada e autônoma aos sistemas econômicos enfocados por Eros Grau, v. Jacques Bidet, *Teoría de la Modernidad*, 1993.

155. *Mudança Estrutural...*, p. 32.

munido do monopólio da utilização legítima da força. O poderio senhorial transforma-se em ‘polícia’; as pessoas submetidas a ela, enquanto destinatárias desse poder, constituem o público”.¹⁵⁶

45. No bojo desse processo de complexização ditado pela ampliação das funções do Estado,¹⁵⁷ o aparato burocrático deixa de ser um mero instrumento da atuação do poder político dotado de uma racionalidade supostamente vinculada pelo Direito.

Transforma-se num corpo autônomo, dotado muita vez de interesses próprios, escudado na unilateralidade e na excepcionalidade dos poderes inerentes à autoridade estatal. Deixa de ser agente do poder político para erigir-se como filtro político para exercício do poder. E o faz, muita vez, privilegiando seus interesses enquanto corpo social autônomo, ou mesmo refletindo interesses particularísticos desprovidos de legitimidade.¹⁵⁸

Quanto mais a lei se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados,¹⁵⁹ cláusulas gerais¹⁶⁰ ou competências abertas, mais os estamentos

156. Jürgen Habermas, *Mudança Estrutural...*, p. 33.

157. Este processo de transformação do papel da Administração ao longo da evolução do Estado é percebido por Charles Debbasch, que, analisando os mecanismos de controle jurisdicional da atividade administrativa, afirma que este se revelou inadaptado aos novos contextos de atuação estatal (Charles Debbasch (coord.), *Administration et Administrés en Europe*, p. 12). Interessante destacar – e a isso retornaremos mais adiante –, que dessa percepção Debbasch extrai a importância de desenvolver novos mecanismos de controle da atividade administrativa.

158. Neste sentido, digna de nota é a veemente palestra proferida pelo professor Dalmo Dallari no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional da OAB/SP realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em setembro de 1989 (cf. “Controle do poder”, *RDP* 94/177-178). Na oportunidade, firmava claramente a necessidade de repudiar a utilização da vaga noção de interesse público tanto para o apadrinhamento de interesses privados ilegítimos pela Administração Pública, quanto para contemplar interesses corporativos da burocracia estatal.

159. Assim entendidas aquelas expressões com grande imprecisão e vagueza, às quais recorre o legislador de modo a superar impasses surgidos no processo de normatização em virtude da mutabilidade, incerteza ou elevada conflitividade da realidade fática normatizada. O recurso a esses conceitos permite transpor impasses no processo de produção do Direito, ao mesmo tempo em que assegura uma maior maleabilidade e mobilidade da norma no seu processo de aplicação. Como aqui afirmamos, porém, às vantagens destes conceitos correspondem também desvantagens, em especial em sede de Direito Administrativo. V.: Cesar D. Ciriano Vela, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados”, in Eduardo Hinojosa Martínez e Nicolás González-Deleito Domínguez (coords.), *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, pp. 435-446, especialmente 445; Chaim Perelman, *L’Usage et l’Abus des Notions Confuses*, pp. 1-17.

160. V., neste sentido, Judith Martins-Costa, “As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico”, *Revista de Informação Legislativa* 112/13-32.

burocráticos adquirem margem de discricionariedade para, substituindo o primado da política, definir os conteúdos do interesse público, das finalidades coletivas ou do bem comum em nome dos quais exercitam o poder político.

Verifica-se, aqui, em sede do campo temático do publicismo, o mesmo processo que, há quase duas décadas, a Teoria Geral do Direito e a Sociologia Jurídica apontavam na Dogmática Jurídica como um todo. Neste particular, inescapável a referência a José Eduardo Faria,¹⁶¹ para quem, “em função da crescente generalidade e abstração conceitual”,¹⁶² vai-se flexibilizando o conteúdo normativo do Direito, por meio de “cláusulas abertas e indeterminadas”, o que leva, no seu entendimento, ao comprometimento da “racionalidade formal do Direito Positivo, deixando aos intérpretes enorme poder discricionário” para decidir, concreta e casuisticamente, onde reside o interesse público a justificar uma dada ação ou intervenção estatal.

46. Embora, como já dito, o Direito Administrativo tenha sido elemento essencial na delimitação racional da esfera de atuação do Estado e, conseqüentemente, no desenvolvimento da autonomia da sociedade civil,¹⁶³ ele próprio acaba por facilitar este processo de flexibilização do conteúdo normativo, comprometendo a racionalização formal do Direito Positivo.

Afinal, vimos, o paradigma pressupõe a desigualdade *a priori* — aliás, decorrência indissociável da soberania —, que, em última instância, é o reconhecimento da desigualdade de poderes entre o soberano e os súditos (ainda que estes sejam a fonte do poder daquele). E, também, por conviver entre os fogos da autoridade e do direito dos particulares é que se pode dizer que o Direito Administrativo oscila entre a legalidade (delimitação do poder político dentro de marcos legais em privilégio dos direitos dos particulares) e a discricionariedade (avanzamento da efetivação do poder político a partir da outorga de mar-

161. *Retórica Política e Ideologia Democrática*, p. 260.

162. Em que pese ao caráter gradativo da crítica, que nos reportaria à idéia de que o recurso do Direito Positivo a cláusulas abertas, abstratas, gerais, é típico de um momento evolutivo do Direito Moderno, marcado pelas transformações sócio-econômicas, o próprio autor afirma, em obra anterior, que tal artifício foi imprescindível para a própria afirmação do que ele denomina de “Estado de Direito do Liberalismo clássico”. Neste sentido, v. José Eduardo Faria, *Direito, Modernização e Autoritarismo*, pp. 31-32.

163. Joan Prats y Catalá, “Direito e gerenciamento nas Administrações Públicas — Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas”, *Revista do Serviço Público* 120/26, n. 2.

gem de autodefinição dos limites de atuação do poder político). Quanto mais caminhamos no sentido desta última, mais longe estaremos da primeira.

47. Historicamente, sem abandonar o legado da estrutura de poder absolutista (marco da imprescindível concentração e verticalização do poder político), o Direito Administrativo constrói-se a partir de um paulatino e crescente processo de limitação, condicionamento e balizamento desse poder.

Como assevera Giannini, “a partir da estrutura estatal do Absolutismo Iluminado emerge a idéia de normatização publicística especial para regular a atividade da Administração Pública, transformando os poderes absolutos da Coroa em poderes do Estado regulado pela lei”.¹⁶⁴

Inobstante, a Administração Pública nunca se desveste de seu legado absolutista, intrínseco ao caráter de supremacia do poder político frente aos indivíduos e aos demais atores sociais. E vem daí a referência ao Direito Administrativo como um “Direito da desigualdade *a priori*”, de que há pouco dissertávamos.¹⁶⁵

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, a posição de supremacia própria da Administração é de relevância seminal, “muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos”.¹⁶⁶

Haveria, portanto, uma tensão permanente no paradigma aqui abordado. Ao mesmo tempo em que o Direito Administrativo oferece os instrumentos para exercício do poder exorbitante da Administração, nele encontramos os institutos para limitar esse poder.

164. *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 29.

165. André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet consignam: “Pourquoi un Droit Administratif? Pourquoi un Droit spécial et différent à côté et en plus de celui qui, hérité du Droit Romain et des codifications du XIX^e siècle, encadre les rapports économiques, sociaux ou familiaux? C’est parce que le Droit Administratif s’applique par hypothèse à des rapports sociaux déséquilibrés en fait. Il s’efforce sans doute d’en préciser les termes et de leur donner une forme juridique aussi nette et exigeante que possible. Mais au départ, il doit tenir compte du déséquilibre fondamental qui existe en fait entre l’une et l’autre partie au rapport juridique” (*Traité de Droit Administratif*, 13^a edição, t. I, p. 11).

166. *Curso...*, 13^a ed., p. 31.

No mesmo arcabouço jurídico em que vêm permitidas as derrogações dos direitos dos particulares em favor da Administração vêm também asseguradas as garantias destes frente a eventuais abusos no exercício deste poder.

Esta tensão, antes de vulnerabilizar o Direito Administrativo, permitiria a calibragem entre direitos e sujeições, de modo a que o exercício da autoridade pública reunisse as condições de legitimação a ele necessárias. Por certo, o contratado da Administração aceita a submissão às cláusulas contratuais exorbitantes por saber da intangibilidade do âmago econômico do seu ajuste; o administrado submete-se ao exercício do poder de polícia porquanto sabe já estarem os limites deste preconizados na lei; o expropriado sujeita-se à desapropriação porquanto percebe haver uma regra estatuidora de competências para edição do ato expropriatório e sabe lhe assistir direito à justa paga pelo bem de que foi privado.

Em suma, ainda que o particular afetado por uma manifestação do poder público possa a ela resistir, o que permite a afirmação e a permanência da atividade administrativa é o sentimento de que tal atividade decorre da lei e se exercita dentro dos limites por ela estipulados.¹⁶⁷

48. Porém, do processo referido por Habermas na citação *retro* advém justamente um distanciamento entre o Estado-poder e o Estado-sociedade – para utilizarmos a clássica distinção de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.¹⁶⁸

Distanciamento incontornável, porquanto leva ao colapso das referidas válvulas de calibragem entre as necessidades do corpo social e a ação estatal, a qual, numa perspectiva ideal, dar-se-ia pelo exercício da política apto a, por meio dos mecanismos de representação e da função legislativa, preencher as categorias gerais (incluindo o interesse público) em cada momento histórico, permeabilizando tal processo às mudanças ocorridas na sociedade.

Como o aparato burocrático não se presta a ser um adequado veículo de interação das esferas do público (aparato estatal) e do privado (sociedade), faz-se crescente o distanciamento entre o Estado-poder (transformado num hermeneuta unilateral do que seja o interesse público) e o cada vez mais complexo Estado-sociedade.

167. Pertinente a respeito a lição de Escola no sentido de que o interesse público não pode servir para aniquilar o interesse do particular, mas apenas o desloca, oferecendo a necessária e justa reparação (*El Interés Público...*, pp. 244-245).

168. *Princípios Gerais...*, v. I, pp. 1-13.

Enquanto no primeiro plano assiste-se à autonomização da burocracia, no segundo verifica-se a autonomização dos grupos econômicos e sociais, cada vez mais independentes da ação do poder político.

49. Dissemos já que o paradigma aqui abordado guarda relação estreita com o modelo de Estado próprio a um determinado estágio de afirmação e reprodução da ordem capitalista. Assim, da evolução deste sistema econômico advirão condicionantes no quadro social, político e econômico que levam a uma nova configuração do quadro de necessidades do Estado.

Este processo ocorre num momento em que o poder político e o aparelho administrativo típicos do Estado Moderno padecem de uma crise de legitimação, ditada em grande medida pelo crescimento do seu âmbito de atividade e pelo agigantamento de suas funções e crescente distanciamento do poder político em face dos seus destinatários.

A mesma estrutura econômica que se serviu do Estado Moderno e de seu ferramental jurídico passa a aventar a prescindibilidade destas estruturas. Emerge o discurso da desregulamentação, da desestatização, de desmontagem do Estado.

Antes de focar mais de perto os lineamentos e condicionantes do paradigma emergente, cumpre deitar alguma atenção aos processos políticos e econômicos que levam à crise do modelo de Estado Moderno. Isto será objeto do próximo capítulo.

Capítulo III
**O ESTADO DESAFIADO:
 TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS, SOCIAIS
 E POLÍTICAS CONTEMPORÂNEAS
 E SEUS REFLEXOS NO PODER POLÍTICO**

III.1 Introdução. III.2 O novo ciclo capitalista e a internacionalização da economia. III.3 A fragmentação social: emergência e afirmação dos grupos de interesse. III.4 Os reflexos da globalização e da fragmentação no poder decisório: a crise do Estado Nacional. III.5 A crise da noção de soberania. III.6 A crise da dicotomia público/privado.

“Assim também é hoje. A mudança das estruturas há de ser profunda. As fronteiras dos Estados já não são mais adequadas para conter as instituições que regulem globalmente a vida social. E tais instituições hão de ser múltiplas, ao contrário do Estado, que pretende monopolizá-las.”

(Ataliba Nogueira, “Perecimento do Estado”, *RDP* 14/15, 1970)

III.1 Introdução

1. O texto que serve de epígrafe ao presente capítulo, publicado há mais de 30 anos, revela uma percepção extremamente aguçada do então Catedrático da Faculdade de Direito da USP. São impressionantemente atuais os elementos que o autor seleciona para indicar, segundo suas palavras, “que o Estado tende a desaparecer”. Tal assertiva ainda hoje chega a chocar, pela sua veemência. Ao tempo de sua escrita gerava intermináveis polêmicas.

Sustentava o autor duas linhas de argumentação. Uma, que a emergência de agrupamentos sociais capazes de relativizar o poder

estatal levaria à perda de soberania, porquanto vulneraria seu caráter de exclusividade. Outra, de que as então emergentes organizações supranacionais (citava a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, embrião da CEE), no seu dizer, “patenteiam os sintomas do futuro desaparecimento do Estado, pois já funcionam há tempo suficiente para provar que substituem com vantagem aquelas pessoas de Direito Internacional”.¹

Três décadas depois, não vemos razão para abandonar as duas trilhas indicadas por Ataliba Nogueira.

2. Dizíamos que o modo de produção capitalista cumpre um papel determinante no processo de emergência e evolução do Estado Moderno. Como assinala Eros Grau, tal Estado nasce e se afirma como produto do Capitalismo, ainda – diz ele – “que se possam encontrar os primeiros traços de seu perfil em momentos históricos anteriores”.²

2.1 Na passagem do Absolutismo para o Estado Moderno, o Capitalismo então emergente necessitava de uma concentração do poder político e de uma clara demarcação da sua esfera de ação, de modo a preservar as condições necessárias à sua implementação e reprodução. Ao longo dos séculos que se seguiram ao ocaso da Idade Média o Capitalismo foi demandando uma crescente estabilidade das expectativas, a previsibilidade da ação do poder político – o que foi sendo conseguido pela afirmação do primado da lei e a efetivação do Estado de Direito.

2.2 De outro lado, no século que se findou – ou, se quisermos, após o final do que Hobsbawm chamou de o “longo século XIX”, encerrado, segundo o historiador inglês, após o final da I Grande Guerra – o Capitalismo necessitava de grandes somas de capital e de meios para adentrar um novo estágio de desenvolvimento. Carecia de condições tanto de acumulação (para garantir os pressupostos econômicos da continuidade de sua evolução, enredada numa crise até então sem precedentes) quanto de estabilização (de modo a assegurar alguma estabilidade social, afastando, assim, riscos de colapso das suas estruturas de controle e amortização do conflito³ inerente a suas contradições internas⁴ e, ainda, socializando o risco social trazido pelo seu próprio devir⁵).

1. Ataliba Nogueira, “Perecimento do Estado”, *RDP* 14/15.

2. *La Doble Desestructuración y la Interpretación del Derecho*, p. 29 (trad. nossa).

3. Cf. François Ewald, “A concept of social law”, in Gunther Teubner (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, especialmente pp. 45-46.

4. V., a esse respeito, Boaventura de Sousa Santos, *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, especialmente pp. 197-214.

5. Cf. François Ewald, *L'État-Providence*, pp. 349 e ss., especialmente p. 350.

2.3 Assim, premido pelas necessidades do Capitalismo, o Estado buscou se rearmoldar às suas novas funções, passando a exercer funções impensáveis para o modelo liberal que estava na origem do Estado Moderno. Naquele momento fazia-se imperativo o fortalecimento do Estado Nacional como pré-condição para o desenvolvimento do sistema capitalista. Assim foi feito.

2.4 Nos dias de hoje, é sabido, vive-se um novo ciclo do Capitalismo. Ditado pela influência da tecnologia e por novos modos de organização da produção, verifica-se que o modelo capitalista predominante (profundamente influenciado pelo Capitalismo Financeiro, como veremos) passa a prescindir da configuração e do modo de ação do poder político que antes demandava.

Mais ainda, passa a, muita vez, desnecessitar do Estado Nacional como elo essencial na estruturação da cadeia produtiva. Diante deste contexto, que procuraremos analisar com um pouco mais de atenção adiante, emergem novas concepções do que deva ser o papel do Estado; constrói-se um novo discurso; pressiona-se pelo exercício de um novo papel. Em suma, pelega-se pela redução ou retirada do Estado de todos os campos em que os atores econômicos possam atuar com maior eficiência ou desejam atuar com ampla liberdade.

3. Correta e pertinente é a ressalva de que não se pode aderir às construções ideológicas cunhadas nos centros do Capitalismo (que continuam a existir, em que pese ao caráter policêntrico do sistema atual). Nos dizeres de Raffaele De Giorgi, não podemos cair nas armadilhas dos *modismos conceituais*.⁶ Tampouco se pode desconhecer que o Capitalismo, desde os tempos da expansão ultramarina, que coincide com seu período de emergência, sempre teve uma dimensão mundializada.⁷

6. "Democracia, Estado e Direito na sociedade contemporânea", *Cadernos da Escola Legislativa* 2(4)/12. Adverte o autor que "as modas conceituais são idênticas às demais: inundam o mercado, dão segurança aos consumidores, gratificam por seu ineditismo e são fugazes. Nos anos 80 estava em moda a Pós-Modernidade. Hoje a palavra-de-ordem é *globalização*. Enxertada na velha arquitetura conceitual de auto-descrição da sociedade moderna, *globalização* evoca, exclusivamente, preocupações ingênuas, produz fechamentos e faz com que pareçam efeitos perversos manifestações que, ao contrário, são determinações estruturais da sociedade contemporânea. *Globalização* sugere, também, idéias protecionistas, reserva de mercados e impedimentos à circulação de bens. Daí os perigos e as involuções que se seguem: ressurgimento de nacionalismos, medo das diferenças e novos fundamentalismos" (p. 13).

7. V., neste sentido, Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, pp. 35 e ss.: "A rigor, a história do Capitalismo pode ser vista como a história da mundialização do

Contudo, o que não se pode desconsiderar é que no contexto atual se colocam novas demandas e novas condicionantes para a ação do Estado.

E estas se põem, especialmente, quando tomamos o Estado na concepção adotada primacialmente neste trabalho – qual seja, a de Estado como centro decisório. O que importa destacar é que – tangidos pelos processos sociais, econômicos e políticos ora vivenciados, marcados pela transnacionalização dos processos decisórios e pela emergência de novos atores sociais (organizações, corporações, conglomerados econômicos etc.) – os Estados Nacionais passam a ter questionado seu papel central no processo de decisão política.

Sem deixarem de ser atores relevantes, os Estados passam a compartilhar o espaço decisório com outros atores, tendo que ora coadjuváv-los, ora compor seus interesses, ora ainda se afirmar coercitivamente (quando presentes condições políticas para tanto).

4. O objetivo deste capítulo é expor, de forma panorâmica, o conjunto de fatores que, no campo econômico, social e político, concorrem para a construção de um cenário de desafios ao Estado Moderno e, por conseqüência, ao modelo jurídico-administrativo que lhe é inerente (ao menos nos lindes do paradigma acima divisado). Portanto, não cabe fazer, aqui, uma análise aprofundada do fenômeno da assim chamada *globalização econômica*, nem da emergência de pluralismos sociais ou, mesmo, da crise da representação política.⁸

Para a abrangência deste trabalho, cumpre-nos apenas delimitar os fatores que, para nós, interferem significativamente nos vetores do Estado, vistos anteriormente. Concordando com Lechner,⁹ entendemos

... mundo" (p. 55). Porém – adverte –, "cabe observar que o caráter internacional, mundial, global ou planetário do Capitalismo não é sempre o mesmo" (p. 56).

8. V., a esse respeito, como referência obrigatória, os trabalhos de Celso Campi- longo: *Representação Política e Ordem Jurídica*, especialmente pp. 96 e ss., e *Direito e Democracia*, 1997.

9. Segundo Norbert Lechner, autor que em seus escritos denota grande lucidez analítica: "O fim do século está marcado por uma grande tensão: o duplo processo de *globalização* e de *fragmentação*. Por um lado, assistimos a um processo acelerado de *globalização econômica*; a grande *internacionalização* dos mercados culmina num novo Estado em que os circuitos produtivos, comerciais, financeiros e tecnológicos configuram uma complexa rede planetária (...). Por outro lado, observamos uma não menos poderosa tendência à *fragmentação*. Acentua-se a *segmentação econômica* entre os países, mas, ainda mais grave, é acelerada a *desintegração no interior de cada país*" ("*Estado, mercado e desenvolvimento na América Latina*", *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 28-29/241). Embora o autor esteja enfocando prioritariamente a fragmenta-

que são eles (a) a globalização econômica, que assume papel relevante nos anos 90, e (b) o processo de complexização e fragmentação social, impulsionado a partir dos anos 70.

Após fazê-lo, apontaremos as conseqüências destes processos nos vetores de concentração, delimitação e legitimação do poder político, indicando quais são, a nosso ver, as questões postas pelos sistemas econômico, social e político exigindo resposta por parte do sistema jurídico, mormente no âmbito do Direito Público.

III.2 O novo ciclo capitalista e a internacionalização da economia

5. Muitos autores, mormente aqueles dotados de capacidade crítica mais aguçada, têm advertido que o fenômeno de “globalização” (internacionalização, planetarização ou, ainda, mundialização¹⁰) não é novo.¹¹ Outros – como Boaventura Santos¹² – consideram-no já como um “senso comum”.

Segundo Paulo Nogueira Batista Jr., “sob diversos pontos de vista a ‘globalização’ é uma falsa novidade”, na medida em que muitos dos elementos normalmente apontados para demonstrar seu caráter de alteração no quadro do Capitalismo contemporâneo constituem “a retomada de processos e tendências bastante antigos”.¹³

É bem verdade que o Capitalismo sempre teve uma propensão internacionalista,¹⁴ haja vista a relação que seu advento guarda com a expansão ultramarina.¹⁵ Contudo – como assinala Immanuel Wallerstein –, “a superestrutura da economia-mundo capitalista é um sistema

ção étnica e cultural (no bojo dos regionalismos), seu raciocínio está adequado à nossa abordagem referente à fragmentação mesmo em outros âmbitos.

10. Aluísio Pimenta, “Globalização, mundialização e planetarização”, *Gazeta Mercantil* 14.10.1996, p. A-3.

11. Cf. Paul Singer, “Globalização positiva e globalização negativa: a diferença é o Estado”, *Novos Estudos CEBRAP* 48/41.

12. “Os tribunais e a globalização”, *O Estado de S. Paulo* 23.11.1996, p. A-2.

13. “O círculo de giz da globalização”, *Novos Estudos CEBRAP* 49/86. Apesar da crítica, o próprio autor vai registrar mais adiante (p. 96) que a globalização assumiu “uma importância estratégica”.

14. Cf. Octávio Ianni, *Teorias da Globalização*, pp. 135-137. Acerca do caráter mundializado da economia capitalista no âmbito das assim denominadas *economias-mundo* é obrigatória a referência a Fernand Braudel, *A Dinâmica do Capitalismo*, 2ª ed., 1986, e *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo na Época de Felipe II*, 1984.

15. Cf. Giovanni Arrighi, *O Longo Século XX*, 1994.

de Estados independentes, sistema este no qual as estruturas políticas denominadas ‘Estados soberanos’ são legitimadas e delimitadas”.¹⁶

Não se pode, todavia, desconsiderar que – como afirmam dois destacados parlamentares de incontestável corte progressista – “a globalização, mundialização, ou como se queira chamar, é um fato. Um fenômeno irreversível, com efeitos danosos para os mais fracos já há muito denunciados, mas, ao mesmo tempo, com potencialidades positivas capazes de produzir alternativas que nos elevem a um novo patamar civilizatório”.¹⁷

Fato ou modismo, a verdade é que a manifestação contemporânea deste processo assume contornos antes incogitáveis.

6. Vários fatores concorrem para isso. O primeiro, e talvez principal deles, é a evolução tecnológica.

6.1 Evolução que se apresenta forte, mormente no tocante aos meios de comunicação. Efetivamente, nos últimos 10 ou 15 anos, os avanços no setor de Informática e de Telecomunicações e sua conjunção naquilo que os especialistas (tão dados a neologismos) designam de *telemática* tornaram disponíveis meios de circulação e articulação de informação nunca antes cogitáveis fora da seara da ficção científica, permitindo, inclusive, alterar o próprio conceito de moeda.¹⁸

6.2 De outro lado, há também enormes avanços tecnológicos na área de Transportes, o que envolve não só meios mais velozes e confiáveis, como também o desenvolvimento (suportado em pesados investimentos em Informática) de sofisticados recursos logísticos. Isso permite uma circulação de bens e mercadorias em quantidade e em níveis de confiabilidade também absolutamente incogitáveis há algumas décadas.

7. Tais avanços tecnológicos trazem, por sua vez, mudanças grandes no âmbito financeiro e econômico.

16. *The Politics of the Word-Economy*, 1988, apud Otávio Ianni, *Teorias da Globalização*, pp. 34-35.

17. Cf. Eduardo Jorge e Luiz Gushiken, “Uma Federação democrática mundial”, *Folha de S. Paulo* 2.7.1996, p. A-3.

18. Cf. o que perora Nicholas Negroponte, professor do MIT e um dos mais “encantados” teóricos das benesses daquilo que chama de *ciberespaço*: “Os europeus estão buscando há anos a criação de um sistema monetário unificado. No momento em que o dinheiro digital está sendo desenvolvido, eles continuam a argumentação sobre sua moeda unificada. Enquanto eles discutem, muito dinheiro criado por entidades que não são governos vai estar circulando. O ciberespaço provavelmente vai atropelar essas negociações políticas, porque o ambiente eletrônico tem grande chance de tornar essas questões irrelevantes” (*O Estado de S. Paulo* 31.3.1996, p. D-7).

7.1 Do ponto de vista financeiro assistimos a uma circulação de capitais sem precedentes – circulação, esta, que se revela não só no advento de intrincados mecanismos de financiamento, como também na emergência de um certo *virtualismo financeiro*, representado pelas negociações especulativas não lastreadas em disponibilidades financeiras efetivas, mas que são possíveis dada a plena integração dos sistemas financeiros de todo o mundo via telemática. Assim, o capital financeiro, que sempre fora apátrida, torna-se absolutamente desraizado territorialmente e, destarte, praticamente incontrolável pelos mecanismos tradicionais disponíveis pelos diversos países integrantes do sistema financeiro internacional.

Essa característica levará, inclusive, a um crescimento desmedido do Capitalismo Financeiro, em detrimento mesmo de outros setores econômicos. A opulência do setor financeiro e bancário internacional, envolvendo também os fundos mútuos e fundos de pensão, exerce um papel de tal vulto que passa a obumbrar no cenário econômico mundial setores antes vetoriais do Capitalismo, como a produção de bens de capital, setor automobilístico, indústria química, entre outros.¹⁹

7.2 Do ponto de vista econômico há que se destacar que os avanços tecnológicos permitem a introdução de modos de produção industrial completamente diversos daqueles que, por décadas, marcaram o Capitalismo Ocidental. O modelo anterior baseava-se na concentração da produção em enormes plantas industriais, o que acarretava a necessidade de grande concentração de mão-de-obra, enorme mobilização de recursos e baixa mobilidade da produção.

Em uma palavra, o “modelo fordista” de produção²⁰ implicava uma nacionalização da produção, assim entendida como a nucleariza-

19. Como assinala Wolfgang H. Reinicke, “o advento da securitização em meados da década de 1980 transformou o mundo financeiro, facilitando estratégias empresariais globais, proporcionando a devedores e credores acesso a mercados financeiros de outros países e contribuindo para o crescimento explosivo dos fluxos transnacionais de capital registrado na década passada. Em especial o mercado de derivativos acelerou o crescimento e a volatilidade dos fluxos internacionais de capital. Em 1995, o valor total do comércio mundial e dos investimentos externos diretos foi equivalente a apenas seis dias de movimentação financeira nos mercados de câmbio globais” (“Políticas públicas globais”, *Foreign Affairs*, ed. brasileira, *Gazeta Mercantil* 12.12.1997, p. 26 – grifos nossos).

20. V., acerca do modelo fordista de produção e sua crise, Simon Clarke, “Crise do fordismo ou crise da Social-Democracia”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 24/117 e ss. V. também Robert Boyer, “Alternativas ao fordismo: uma análise provisória”, *Revista de Ciências Sociais* (Coimbra) 35/17.

ção da estrutura produtiva num dado local como meio de obter a economia de escala necessária à viabilização da produção. Ainda que o Capitalismo se estruturasse internacionalmente no auge do modelo fordista, fazia-o dentro dos marcos nacionais. Sintomático seja que, neste período, o instrumento de *mundialização* deste Capitalismo fosse a *empresa multinacional* (empresa operando em vários Estados Nacionais, mas com sua matriz bastante enraizada em um Estado Nacional), e não a empresa *transnacional* ou *supranacional* (empresas que operam em escala mundial integrada, quer em termos de processo produtivo, quer em relação aos mercados visados, não se estabelecendo integral e permanentemente em país algum).

As transformações tecnológicas (não só nos supra-indicados setores de Comunicação e Transportes, mas em toda gama de avanços havidos nos materiais, insumos e equipamentos empregados na produção) permitem que os processos industriais se desvencilhem do modelo fordista, passando a independer da concentração produtiva e de grande emprego de mão-de-obra. É o que se convencionou chamar de *toyotismo* ou *pós-fordismo*.

Tal padrão produtivo estrutura-se pela fragmentação e especialização da produção, dando lugar à internacionalização do processo produtivo ou, se quisermos, à emergência da *desterritorialização* como processo significativamente novo e surpreendente. Em suma, “formam-se estruturas de poder econômico, político-social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização nítida neste ou naquele lugar, região ou Nação (...) parecendo flutuar por sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos e classes, movimentos sociais e partidos políticos”.²¹

Dito de outro modo, passa a ser possível a estruturação do processo industrial em uma rede na qual vários microprocessos independentes vão se somando e integrando.²² Emerge possível, neste contexto, a “internacionalização da organização industrial”.

A internacionalização apresenta-se não só na produção de bens de consumo, a partir da agregação de componentes ou insumos elaborados e advindos de vários países diferentes, mas também na enorme capacidade que as estruturas industriais têm de mobilizar e desmobilizar seu aparato produtivo em um país, remobilizando-o em outro (pos-

21. Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, p. 93.

22. V. José Eduardo Faria, *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*, pp. 54-70.

to que parcelas centrais no processo produtivo passam a ser o capital intensivo e a tecnologia, aos quais a mobilidade é intrínseca).

Deste modo, assiste-se a uma total desconexão entre a estrutura produtiva e o nexos territorial nacional, tornando-se *desterritorializada* a estrutura produtiva. Como assinala Jürgen Habermas, “com a internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. Estas escapam mais e mais às políticas intervencionistas dos governos”.²³

Verifica-se, portanto, o processo que já se designou de “fábrica global”, resumindo-a como sendo aquela que produz “com gerentes e trabalhadores de um país, tecnologia ou financiamento de outros, para vendas a terceiros”.²⁴

8. À enorme mobilidade dos capitais financeiros e à impressionante flexibilidade da produção econômica (especialmente no setor industrial, mas também no âmbito da produção agrícola²⁵ e mesmo da prestação de serviços²⁶) vai se agregar também a transnacionalização dos mercados.

Influenciado pelos mecanismos de comunicação de massa e pela sofisticação da tecnologia de venda (o que envolve também brutais desenvolvimento e integração nos mecanismos de publicidade e na inculcação de padrões estéticos e culturais também *mundializados*), o consumo também se globaliza.

23. “O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização”, *Novos Estudos CEBRAP* 43/99.

24. Roberto Campos, “Parem o mundo que eu quero saltar...”, *Folha de S. Paulo* 2.7.1996, p. A-4.

25. V., por exemplo, a intensa discussão recentemente levantada acerca do emprego de tecnologias transgênicas na produção agrícola mundial e a impressionante participação dos insumos tecnológicos importados (de maquinários a agrotóxicos, passando por sementes) e principalmente o surgimento de enclaves de exportação de frutas, como ocorre no Chile e no Nordeste Brasileiro, na produção agrícola dos países subdesenvolvidos.

26. Como demonstra a crescente utilização de franquias no setor terciário, nas quais a marca, a tecnologia e mesmo os equipamentos necessários à atividade econômica são internacionalizados, sendo-o também a apropriação de grande parte dos lucros. Exemplo paradigmático são as franquias de lavanderias, com a crescente instalação de redes estrangeiras.

Este processo se inicia ainda no ápice do *fordismo*²⁷ e faz emergir uma rede de consumo a um só tempo padronizada e regionalizada: um *mix* de influências de culturas e valores de várias partes (influências regionalizadas) do Globo, que são processados, descontextualizados, mercantilizados e difundidos em escala mundial,²⁸ em um *mix* de influências, criando um *mínimo denominador comum* (devidamente padronizado, estandardizado, modelado para o mercado) de padrões de consumo “neutro” quanto “irresistível”. Isto acaba por criar expectativas e necessidades sociais que os sistemas econômico e político não se mostram habilitados a absorver e atender.

9. Temos, então, em patamar nunca antes verificado, uma “mundialização da economia mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro” que, para se afirmar e expandir, acaba por transpor os limites geográficos das economias nacionais, “limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados Nacionais”.²⁹

10. Paralelamente (ainda que não independentemente) a isso tudo, verifica-se a afirmação dos organismos multilaterais. Por sobre os escombros da II Guerra Mundial começa a ser edificada uma rede de organismos de cooperação, coordenação, fomento ou ajuda que intentam atuar por sobre os Estados Nacionais – ou, se quisermos, numa perspectiva de “internacionalização do Estado”.³⁰

Tal circunstância vai ser impulsionada em grande medida pelo fato de que muitos problemas vividos (relacionados, por exemplo, ao meio ambiente, minorias, terrorismo, oceanos, fluxos migratórios, cri-

27. V. Simon Clarke, “Crise do fordismo...”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 24/133-135.

28. Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, pp. 99-100.

29. José Eduardo Faria (org.), *Direito e Globalização Econômica*, 1ª ed., 2ª tir., p. 10.

30. Segundo Sabino Cassese: “Los Poderes Públicos hacen frente a esta creciente internacionalización de los problemas nacionales multiplicando las relaciones bilaterales y multilaterales, y constituyendo organizaciones internacionales. Existen, hoy día, organizaciones internacionales gubernativas (se usa este término para distinguir las de las de origen privado) en los campos de la defensa, de la moneda, de la policía, de los ferrocarriles, de correos, de la sanidad, del tráfico aéreo y marítimo, de la utilización del espacio, del uso de la plataforma marítima, de la meteorología, de las fuentes de energía, del trabajo, del crédito, de la política social, del comercio, del desarrollo económico, de la ciencia, de la cultura, de la energía nuclear, de los derechos del autor y de la protección de las patentes industriales” (*Las Bases del Derecho Administrativo*, p. 315).

mes transnacionalizados³¹) somente podem ser tratados a partir de iniciativas transnacionais. Este processo desdobra-se em vários.

10.1 De um lado, crescem o poder e a influência de instituições de fomento e coordenação financeira. Passam elas a exercer enorme influência na definição de políticas econômicas e monetárias, lastreando-se tanto no suporte financeiro das grandes potências quanto no interesse e necessidade de preservar as condições de reprodução do Capitalismo Financeiro que, em grande medida, alavanca o processo de globalização.³²

10.2 De outro lado, assistimos a um forte processo de integração econômica entre países e mesmo entre blocos econômicos. Tal integração atua como causa e consequência do processo de internacionalização, pois se a globalização deriva do quadro de transformações econômicas e financeiras acima delineado, ela também irá retroalimentar este processo, na medida em que incrementa a transnacionalização do capital e do processo de produção e comércio, fazendo-os independêr, ainda mais, dos estritos limites nacionais. E, interessante-mente, embora estes blocos econômicos e os organismos internacionais que lhes dão suporte baseiem-se em tratados firmados entre os países-membros, assiste-se a um processo de autonomização destes organismos.

Calha recorrer a um exemplo dado por Paul Singer, que, referindo-se aos órgãos de direção da União Européia, alude que “o importante é que os comissários não representam os países que os designam; seu juramento os compromete com a Comunidade como um todo”.³³ No mesmo sentido vai Cassese ao afirmar que nos “secretariados” destas organizações não há representantes dos Estados-membros, mas sim “um funcionário internacional”.³⁴

10.3 Por fim, há que se invocar também a maturação e disseminação dos valores e do discurso dos direitos humanos. Este processo,

31. Segundo Wanda Capeller, da Universidade de Toulouse: “O fenômeno da globalização das relações econômicas e sociais se reproduz também nas esferas do crime e seu controle” (*Tribuna do Direito*, outubro de 1994, p. 20).

32. “Em outras palavras, o poder real não está totalmente nos escritórios das corporações, mas nos mercados financeiros. O que é válido para os diretores de corporações é também válido para os que controlam o poder político nacional. Cada vez mais são eles controlados pelos mercados financeiros (...)” (Paul M. Sweezy, “The triumph of financial capital”, *Monthly Review* 46/10, n. 2).

33. “Globalização positiva...”, *Novos Estudos CEBRAP* 48/55.

34. *Las Bases...*, p. 316.

em grande medida possível graças ao continuado esforço de difusão da importância da preservação e ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e de uma estratégia bem delineada de ampliação de sua base de incidência, acaba por estabelecer uma mudança de pautas e enfoques da questão dos direitos humanos e da sua tutela. Chega-se hoje a um estágio que Lindgren Alves refere como “construções internacionais” que “ultrapassam as noções tradicionais de soberania e interesses”,³⁵ somente possível porque trazem o “indivíduo ao primeiro plano do Direito Internacional e o cidadão a um domínio antes reservado exclusivamente aos Estados”.³⁶

Pontifica Flávia Piovesan que “estes processos levam, por sua vez, à formação de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico”.³⁷

Os frutos deste processo começam a ser colhidos. Provas deles são a estruturação de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, a crescente repercussão dos relatórios destes organismos (oficiais ou não) sobre o *estado da arte* destes direitos ao longo do mundo e o desconforto que causam aos governos.³⁸ De todos os fatos que poderiam ser relacionados, talvez o mais simbólico desta difusão do discurso transnacional dos direitos humanos³⁹ seja mesmo a discussão acerca da jurisdição invocada por diversos países europeus (a partir do exemplo espanhol) para julgar o ex-ditador Augusto Pinochet Ugarte pelas violações cometidas por ele e por seu governo.

II. Para fazer frente a todos estes fatores, a que aludimos apenas panoramicamente (já que abordá-los de forma detida importaria desviar ainda mais do foco do presente trabalho), faz-se mister a emergência de um novo arcabouço de Direito Internacional, “em cujo âmbito os processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências

35. *Os Direitos Humanos como Tema Global*, p. 5.

36. Lindgren Alves, *Os Direitos...*, p. 20.

37. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 304, e, ainda, *Temas de Direitos Humanos*, 1998. V. também Francesco Coccozza, *Diritto Comune delle Libertà in Europa*, 1994, especialmente a “Introdução” de Augusto Barbera.

38. V., como exemplo, o texto de Paulo de Tarso Flecha de Lima, “Responder é preciso”, *Folha de S. Paulo* 7.1.1995, p. A-3.

39. O qual – conforme Paulo Sérgio Pinheiro – se traduz no fato de que “a defesa dos direitos humanos já não é tema do Direito Interno de cada país” (“Transparência é preciso”, *Folha de S. Paulo* 11.1.1995, p. A-3). V. também o artigo de Fábio Konder Comparato, “Para estrangeiro ver”, *Folha de S. Paulo* 6.1.1998, p. A-3.

sociais e econômicas descentralizadas”.⁴⁰ Nos dizeres de Eros Grau, “esse modo de produção social globalizado dominante, resultante daquela *nova revolução industrial*, reclama(rá) um *outro Direito*”.⁴¹

Este arcabouço nos traz para a “expansão de um Direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória”.⁴² Tal *lex mercatoria* tem lugar não só no âmbito dos organismos internacionais, mas na própria relação entre as corporações empresariais privadas. Neste contexto perde força o padrão normativo ditado pela imperatividade e imposibilidade típicas do Direito Positivo e seus mecanismos de controle coercitivos, os quais dão lugar a mecanismos de *soft law*, a vinculações de natureza obrigacional, a legislações produzidas no âmbito de organismos multilaterais e vinculantes dos atores econômicos, muito mais pela sua adequação ao jogo internacionalizado de mercado do que pelo receio das eventuais sanções advindas do seu descumprimento.⁴³

A expansão do Direito Internacional (quer numa vertente de um Direito de integração regional, quer na perspectiva de um Direito Privado inter-relacional próprio às transações privadas inter ou intra-grandes organizações) agregará ao Direito todo um arcabouço de instrumentos de previsão e dirimência de conflitos, que, inclusive, passa a penetrar nas próprias ordens jurídicas nacionais. É o caso, por exemplo, dos mecanismos de arbitragem.⁴⁴

Deste modo, o avanço do Direito Internacional e a ampliação do seu espaço de inserção nas relações privadas traz como consequência uma forte tendência de flexibilização, de especialização e de diminuição do caráter autoritário do Direito. Nas palavras de André-Noël Roth, “o Direito Nacional adquire de maneira ampliada a forma do Direito Internacional”.⁴⁵

40. José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., 3ª tir., p. 109.

41. Eros Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 3ª ed., p. 81.

42. José Eduardo Faria (org.), *Direito e Globalização Econômica*, 1ª ed., 2ª tir., p. 11.

43. Para uma visão extremamente ampla e pertinente deste processo, v. a coletânea organizada por Paulo Borba Casella, *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, 1996. Nesse livro, vários autores, passando por temas diversos relacionados à integração econômica, colocam muitos dos pressupostos desta formulação jurídica aplicável às novas relações econômicas aqui abordadas.

44. V., a esse respeito, Carlos Alberto Carmona, *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, 1993, especialmente pp. 45-46.

45. “O Direito em crise: fim do Estado Moderno?”, in José Eduardo Faria (org.), *Direito e Globalização Econômica*, 1ª ed., 2ª tir., p. 21.

Em suma, destes processos todos de internacionalização advêm também conseqüências fortes e visíveis para a estruturação do Direito, o qual permite campo para desenvolvimento, mesmo no âmbito interno aos Estados, de novos mecanismos jurídicos. Tais efeitos retornarão às nossas reflexões tão logo voltemos a enfocar os efeitos destas transformações no Direito Administrativo. Vale por ora aludir à sempre precisa lição de Canotilho, que, reavaliando as categorias do Constitucionalismo dirigente que cunhou, afirma que atualmente “confiar ao Direito o encargo de regular, de forma autoritária e intervencionista, equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da subsidiariedade (...) até aos modelos neocorporativos, passando pelas normas de delegação conducentes a regulações descentradas e descentralizadas”.⁴⁶

12. É de se destacar, porém, que este processo não faz desaparecer o Estado e os mecanismos jurídicos que lhe são próprios. Por exemplo, no tocante à seara trabalhista, tem a Organização Internacional do Trabalho se manifestado sobre a centralidade do Estado como influência dominante e imprescindível nos resultados do mercado de trabalho.⁴⁷

De outro lado, crescem as manifestações de aguçamento e aprofundamento do Estado enquanto repressor das condutas tidas como infracionais ou criminosas. Ao contrário de assistirmos neste campo a uma tendência de relativização do Estado, crescem e se agravam os mecanismos de punição, apesar de toda uma linha da Criminologia que se inclina por um Direito Penal Mínimo. Assiste-se, no Direito Penal, a uma tendência de verdadeiro *ensandecimento das penas*.⁴⁸

13. A tudo isso se acrescenta também a perda de importância do Estado Nacional num contexto de beligerância internacional.⁴⁹ Claro que tal fator não significa dizer que o mundo deixou de presenciar conflitos armados ou barbáries. Muito ao contrário, pois que a emer-

46. “Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 15/9.

47. In *Gazeta Mercantil* 27.11.1996, p. A-11.

48. Para uma crítica ao processo de endurecimento das sanções penais como forma de conter a criminalidade crescente em virtude da erosão dos padrões de sociabilidade, v. Alberto Zacharias Toron, *Crimes Hediondos: o Mito da Repressão Penal*, especialmente pp. 133 e ss.

49. V. Gianfranco Poggi, *Lo Stato: Natura, Sviluppo, Prospettive*, pp. 262 e ss.

gência dos nacionalismos⁵⁰ é diretamente correlacionada com o processo de globalização,⁵¹ pois, laseado o liame nacional, permite-se o ressurgimento dos nacionalismos, dos fundamentalismos e dos radicalismos religiosos.

Ocorre que, diante da supremacia bélica de algumas potências (particularmente dos Estados Unidos) e da sofisticação tecnológica do aparato militar contemporâneo,⁵² perde sentido o Estado-Nação como interlocutor militar da conflitividade mundial, dando lugar aos espaços de composição ou concertação dos interesses dos diversos países,⁵³ mormente das potências econômicas, tornando-se a força militar um mero aparato a ser utilizado, em casos-limites e específicos, como desproporcional poder de sanção, sempre após esgotados outros mecanismos de coerção.⁵⁴ São ilustrativos, neste sentido, os acontecimentos envolvendo a Iugoslávia, ou mesmo o Afeganistão, os quais mais se aproximaram de uma ação policial unilateral das forças da ONU do que propriamente de um conflito bélico, dada a absoluta desproporção das forças envolvidas. Também ilustrativa é a neutralização do poderio militar de Rússia e China em função dos interesses econômicos e comerciais de cada um destes países.

14. Deriva, portanto, deste contexto de globalização, internacionalização ou mundialização um plexo de fatores que coloca o Estado num contexto histórico muito diverso do que aquele no qual foram gestados os elementos que o caracterizam, conforme visto no Capítulo I.

50. Cf. Ernest Gellner, *Naciones y Nacionalismo*, 1991.

51. V. John Newhouse, "A ascensão do regionalismo europeu", *Foreign Affairs* 14.2.1997, pp. 18 e ss.

52. Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, p. 58.

53. Analisando a noção de *interdependência complexa*, Tullio Vigevani, João Paulo Viegas e Karina Lília P. Mariano destacam que no contexto atual de *globalismo* assistiríamos a um quadro no qual, "onde existe interdependência complexa, a utilização da força militar, ou sua ameaça, pareceria tornar-se desnecessária. Devido à amplitude da agenda mundial, querelas econômicas ou ambientais tornariam inapropriado o uso da força militar. No entanto, a posse de poder militar pode significar um elemento de influência política, ou barganha, ainda que isso não implique no uso efetivo desse poderio" ("Realismo versus globalismo nas relações internacionais", *Lua Nova - Revista de Cultura e Política* 34/17).

54. "Os países em desenvolvimento que violam direitos humanos básicos perdem a sua parcela dos bilhões de dólares da ajuda da Comunidade Econômica Europeia. (...) Não estamos tentando impor uma espécie de modelo europeu ou ocidental de desenvolvimento. Isso é uma cenoura e não um porrete. Quando se usa o porrete, em geral é muito tarde" (Lucy Walker, "Evil regimes to be refused cash", *The European* 25-27.1.1991, p. 7, *apud* Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, p. 43).

Porém, as transformações vividas nos últimos tempos pelo Estado não são ditadas apenas de fora para dentro. Tampouco são de corte meramente econômico. Há, internamente, no âmbito social, uma outra ordem de processos que se imbrica com as condicionantes da globalização,⁵⁵ produzindo um segundo nível de desafios ao Estado Moderno e aos seus vetores primaciais. É o que intentamos abordar na seqüência.

III.3 *A fragmentação social: emergência e afirmação dos grupos de interesse*

15. Como vimos anteriormente, um dos pressupostos da construção teórica do Estado Moderno é a emancipação dos súditos, transformados em cidadãos. Esta passagem pressupõe, ainda, um raciocínio paralelo igualmente relevante. A sociedade (esfera privada) é entendida como composta por um conjunto de cidadãos, portadores, cada qual, de interesses próprios, individuais.

O campo da fusão e articulação dos interesses comuns destes indivíduos é a esfera pública. Tal construção teórica passa, portanto, pela superação dos corpos intermediários de que nos fala Montesquieu,⁵⁶ e que tanto preocupava Rousseau. No âmbito da sociedade restaria a pulverização, a atomização de interesses, esforçando-se cada qual individualmente para alcançar seus próprios objetivos. Em comum os indivíduos teriam apenas a necessidade, o interesse ou a imprescindibilidade do convívio social.

Ademais, é pressuposto do Estado Moderno um viés de universalidade e de homogeneidade da sociedade. Para que se construa o discurso da Modernidade é imprescindível que a sociedade seja vista como um todo uniforme, monolítico, homogêneo, unido por uma racionalidade que lhe dá coesão interna. "Isso tudo pressupunha a centralidade da idéia de Nação e a possibilidade de representação de um centro decisório capaz de exprimir o interesse geral."⁵⁷

55. É de rigor dizer que tais fatores somente são apartados, aqui, para fins de melhor aclarar a exposição. Isso porque não se pode dissociar os processos de globalização dos de fragmentação social, pois que uns interferem nos outros de forma veemente. Como anota Gilson Schwartz: "Os mercados tornaram-se cada vez mais extensos e diversificados, mas aumentaram também a necessidade e a possibilidade de fragmentação" ("Estado e soberania na era do *know-ware*", *Revista do Serviço Público* 118/137).

56. Cf. Gian Mario Bravo e Corrado Malandrino, *Profilo di Storia del Pensiero Politico*, pp. 197-203.

57. Cf. Rafaelle de Giorgi, "Democracia...", *Cadernos da Escola Legislativa* 2(4)/12.

16. Ocorre que com o desenvolvimento do sistema capitalista vai-se assistindo ao surgimento, no âmbito social, de nuclearizações de interesses, em torno dos quais criam-se estruturas associativas, formais ou informais, e que passam a atuar como corpos autônomos e, como tais, se relacionar tanto com a esfera pública como com os demais grupos de interesse.⁵⁸

17. Este parcelamento da *sociedade homogênea* típica da Modernidade chamamos, aqui, de *fragmentação social*. Por este desígnio amplo estamos contemplando vários tipos de processos de estratificação e parcelamento da esfera privada, envolvendo o neocorporativismo, o pluralismo e o surgimento de movimentos sociais.

Enfim, estamos nos referindo ao fenômeno, cada vez mais crescente, da emergência de atores sociais e políticos coletivos que refogem à estrutura básica quer da institucionalidade estatal, quer dos mecanismos de representação política próprios à Modernidade. Como assenta Celso Campilongo, em “sociedades complexas de modo geral, mas no Brasil de forma particularmente acentuada, a fragmentação de interesses, a estratificação social, a diferenciação cultural, regional e ideológica, provocam uma verdadeira ‘crise de racionalidade’ do modelo jurídico calcado na soberania da maioria”.⁵⁹

Tais processos adquirem grande impulso no período em que o Estado crescentemente passa a intervir na economia e assumir funções de provedor das necessidades sociais, explodindo a partir daquilo que diversos autores denominam de “falência do *welfare state*”.⁶⁰ Tal explosão advém do fato de que, com a crise do modelo de Estado intervencionista, crescem as demandas e diminui a capacidade do sistema político de atendê-las.⁶¹ A multiplicação de demandas sociais desa-

58. Como demonstra Habermas, o núcleo institucional da sociedade civil hoje “é formado por associações e organizações livres, não-estatais e não-econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (*Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, v. II, p. 99).

59. *Direito e Democracia*, p. 53.

60. A esse respeito, v. Giuliano Cazzola, *Lo Stato Sociale tra Crisi e Riforme: il Caso Italia*, 1994.

61. “A sociedade, vivendo em ambiente democrático e imersa em um processo de ampliação dos direitos de cidadania, exige e solicita cada vez mais, alterando a qualidade e a quantidade de suas demandas” (Marco Aurélio Nogueira, “Governabilidade democrática progressiva”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 36/121).

tendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas.⁶²

Esta pressão mostra-se triplamente desafiadora do Estado, pois as demandas se apresentam (a) crescentes, em face do contínuo aumento das expectativas sociais, (b) gradualmente mais complexas e contraditórias e (c) apontam para a impotência do Estado em responder a elas, quer por exigüidade de recursos, quer por inadequação de fluxos e procedimentos.⁶³

Os sociólogos e os cientistas políticos identificam vários modos de apresentação destas pressões. Desta vasta literatura, procuramos segmentar três blocos. Fazemo-lo para fins apenas de exposição.

18. De um lado, há os movimentos sociais (ligados a igrejas, associações de bairro e, posteriormente, a grupos representativos de minorias), que, a partir da década de 70, se agrupam em torno de questões e necessidades específicas, concretas, que afetam a vida dos seus membros. Originalmente estes movimentos têm baixa institucionalização, são excessivamente centrados nas suas metas e possuem um baixo nível de integração entre seus membros, o que acarreta certa descontinuidade de sua ação.

Inobstante, particularmente a partir do êxito no atendimento de parte das demandas que levavam ao agrupamento inicial, tais movimentos adquirem uma certa institucionalidade interna e alguma estabilidade organizacional, podendo, inclusive, espalhar seu raio de ação para fora dos limites e objetivos inicialmente traçados. Neste segundo momento tais movimentos passam a pelejar não mais apenas por questões concretas do seu dia-a-dia, incorporando também pautas de rei-

62. Este aspecto é bem nuançado por Eunice Ribeiro Durham: “Vimos que os movimentos se articulam pela formulação de uma carência coletiva. Os indivíduos mais diversos tomam-se iguais na medida em que sofrem a mesma carência. A igualdade da carência recobre a heterogeneidade das positivities (...). No movimento, face à mesma carência, todos se tornam iguais. Os movimentos sociais se constituem, portanto, como um lugar privilegiado onde a noção abstrata da igualdade pode ser referida a uma experiência concreta de vida” (“Movimentos sociais: a construção da cidadania”, *Novos Estudos CEBRAP* 10/28).

63. Para uma análise dos fatores determinantes dessa crise, v. Pietro Barcellona e Antônio Cantaro, “El Estado Social entre crisis y reestructuración”, in J. C. Atienza e M. A. García Herrera, *Derecho y Economía en el Estado Social*, pp. 49-70.

vindicações “pós-materialistas”,⁶⁴ como a preservação do meio ambiente, o pacifismo, a condição de gênero e outras tantas.

19. De outro lado temos o processo que alguns autores denominam de *neocorporativismo*,⁶⁵ alertando para sua diferença frente ao corporativismo clássico.

O corporativismo tradicional, de corte fascista, emergente nas décadas de 30 e 40, seria caracterizado pela representação de interesses reunidos em unidades de número limitado, estruturadas hierarquicamente, e a partir de uma diferenciação funcional ordenada. Mais ainda, caracterizá-lo-ia o fato de serem estas organizações criadas, reconhecidas, por vezes licenciadas e, acima de tudo, monitoradas pelo Estado.⁶⁶

O neocorporativismo (ou corporativismo *societal*), por seu turno, seria aquele em que agrupamentos sociais, em regra originados de alguma agregação profissional, passam a se autonomizar frente ao Estado, transformando-se em permanente elemento de pressão e contraposição – ainda que sem perspectiva de oposição frontal – a esse Estado.

Nas palavras de Celso Campilongo, enquanto no corporativismo fascista o controle estatal sobre as organizações corporativas é total, “no modelo neocorporativista essa representação dos interesses particulares funciona independentemente da definição estatal do seu papel”.⁶⁷

De todo modo, conforme indicam os teóricos do *neocorporativismo*, temos o surgimento de organizações de traços corporativos, ligadas a setores específicos da economia, e que se formam com um nível razoável de espontaneidade (sem a influência determinante do Estado), porém com um grau de institucionalidade bastante maior do que aquele verificado no caso dos movimentos sociais.

Também, diferentemente daqueles, possuem um grau de transitoriedade menor, já que o liame de união dos seus membros prescinde

64. O conceito foi retirado de Boaventura Sousa Santos, *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 88.

65. A esse respeito, v.: Claus Offe, *Capitalismo Desorganizado*, pp. 242 e ss.; Philippe Schmitter, “Democratic theory and neocorporatist practice”, *Social Research*, v. 50. V. também Marco Marrafi (org.), *La Società Neo-Corporativa*, 1981. Para uma crítica, ainda que não frontal, à permanência dos fenômenos neocorporativistas, v. Gunther Teubner, *O Direito como Sistema Autopoiético*, pp. 273 e ss.

66. Cf. José Eduardo Faria (org.), *Direito e Globalização Econômica*, 1ª ed., 2ª tir., 1998.

67. *Representação Política...*, p. 105.

de uma questão temática aglutinadora, sendo certo que o interesse aglutinador cuida de uma identidade grupal, mormente ligada à pertença a um dado estamento profissional ou de ramo de atividade econômica.

20. Há, por fim, uma terceira ordem de processos que levam à fragmentação social e que os sociólogos denominam genericamente de *pluralismos*. Diferentemente dos movimentos sociais e das estruturas neocorporativas, assiste-se ao crescente processo de formação de clivagens sociais a partir de processos de marginalização cultural, étnica, social ou religiosa.

Tais processos não têm o eixo de identidade temático ou teleológico dos movimentos sociais, nem a identidade profissional (ou, se quisermos, de categoria econômica) que se utiliza para caracterizar o neocorporativismo. Têm, ademais, uma característica de maior espontaneidade associativa e de informalidade, sem que isso impeça, por vezes, uma relação estreita e intensa de interesses.

A emergência de pluralismos sociais pode ser entendida como o surgimento da segmentação social em grupos marginalizados por razões econômicas, sociais, religiosas ou culturais e que acabam por se agregar em torno de interesses comuns, normalmente relacionados, num primeiro momento, à constituição de mecanismos de proteção contra repressões ou violações (vindas quer do aparato estatal, quer de outros setores da sociedade) ou para compensação de sua hipossuficiência. Num segundo momento tais grupos adquirem um caráter de reivindicação ou pressão do aparato social pelo atendimento de demandas básicas, fazendo-o, entretanto, de forma desarticulada e episódica ou, então, convertendo-se em movimentos sociais.

O crescimento deste pluralismo social, que se reflete também em pluralismos jurídicos, como tão bem demonstrou Boaventura de Sousa Santos,⁶⁸ também concorre para romper com a perspectiva de homogeneidade social que está na base do Estado Moderno.⁶⁹

68. *O Discurso e o Poder*, 1988, e “Notas sobre a história jurídica e social de Pasárgada”, in Cláudio Souto e Joaquim Falcão, *Sociologia e Direito*, pp. 109 e ss.

69. Como indica Albrecht Wellmer, analisando a questão da fragmentação da Modernidade no campo das Artes: “El momento postmoderno es una especie de explosión de la épisteme moderna en el que la razón y su sujeto – como detentador de la ‘unidad’ y la ‘totalidad’ – vuelan en pedazos. Si se mira con más detenimiento, ciertamente se trata de un movimiento de destrucción – o desconstrucción – del cogito, de la racionalidad totalizadora, iniciado hace mucho en el Arte Moderno” (*Sobre la Dialéctica de Modernidad y Postmodernidad*, p. 52).

Para fins do que ora expomos, o que releva é que a formação destas aglutinações plurais no âmbito social indica o surgimento de novos centros, não-estatais, de referência para parcelas significativas da sociedade. Como demonstra Arjun Appadurai, muitos atores culturais, religiosos, políticos e econômicos “já estão desenvolvendo formas não-estatais de organização macropolítica: grupos de interesse, movimentos sociais e lealdades transnacionais já existentes”.⁷⁰

21. Estes processos de fragmentação social, por qualquer viés ou método de análise que se os tome, implicam o reconhecimento de que a sociedade contemporânea passa, gradativamente, a assistir à aglutinação dos indivíduos em grupos de interesse que, com maior ou menor institucionalidade, passam a ser vistos pelos indivíduos como espaços legítimos de aglutinação dos seus interesses e instrumentos efetivos para atendimento de suas necessidades.

Como – mormente num quadro de saturação das demandas sociais e escassez de recursos públicos para seu atendimento – o acolhimento dos interesses de alguns grupos coloca-se como excludente ao processamento dos interesses de outros,⁷¹ emerge um processo de fracionamento da idéia de universalidade ou de homogeneidade do interesse social.⁷²

Este processo de fragmentação é incrementado pelo fato (reflexo daquele brutal desenvolvimento tecnológico de que falamos há pouco) de que os indivíduos passam a ter acesso a um número de informações e de padrões de consumo extremamente diversificado. Mesmo para as parcelas pauperizadas da sociedade (o que no caso brasileiro representa a maioria da população) é incomparavelmente maior o pleco de itens de “consumo” (quer culturais, materiais ou afetivos) do homem contemporâneo frente àquele indivíduo vivente há três ou quatro décadas.

70. “Soberania sem territorialidade”, *Novos Estudos CEBRAP* 49/39.

71. Mais uma vez vale recorrer à capacidade de síntese de Celso Campilongo: “Em face das demandas contraditórias levadas ao Estado de modo contraditório por grupos e classes com interesses distintos, conflitantes e excludentes, as respostas estatais, por meio de regras fixas e hierarquizadas que estabelecem limites rígidos para sua ação administrativa, revelam-se impotentes nas matérias não rotineiras e não padronizáveis” (*Direito e Democracia*, p. 53).

72. Enfocando o fenômeno do neocorporativismo, Gianfranco Poggi aponta para os seus riscos, indicando que ele “implica una tendenza delle strutture statali contemporanee a regredire verso assetti politico-amministrativi simili a quelli che avvenivano precedentemente il sorgere o il maturare dello Stato Moderno” (*Lo Stato:...*, p. 277).

Assim, resta abalado também o liame de homogeneidade social que permitia a construção das fórmulas generalizantes do bem comum ou da vontade geral. Ao invés da aglutinação homogeneizante da sociedade moderna, emerge a *solidão coletiva*, que assim vem descrita por Ianni: “indivíduos, famílias, grupos, classes e outros segmentos sociais perdem-se no desconcerto do mundo”, em grande medida porque “são continuamente bombardeados por mensagens, recados e interpretações distantes, díspares, alheias”, enquanto “os sistemas mundiais mais ativos e poderosos articulam e rearticulam interesses e significados relativos à apropriação econômica e à dominação política, às condições de produção e participação na cultura”.⁷³

Ainda segundo Ianni, é como se a cultura nacional-popular de Gramsci desse lugar à cultura internacional-popular referida por Renato Ortiz,⁷⁴ e que corresponderia a um plexo de bens e valores culturais produzidos, transmitidos e consumidos como mercadoria lançada simultaneamente em diversos mercados culturais. Segundo ele, “o mesmo processo de globalização, que debilita o Estado-Nação, ou redefina as condições de sua soberania, provoca o desenvolvimento de diversidades, desigualdades e contradições em escala nacional e mundial”.⁷⁵ Tal diversidade faz maiores e mais complexos os interesses sociais e demanda atendimento ou processamento por parte das instituições sociais e estatais.

A complexização e a multiplicação dos valores e interesses individuais refletem-se, por óbvio, no crescimento das clivagens sociais. Habermas bem ilustra este processo, afirmando que: “Hoje, porém, nós vivemos em sociedades pluralistas que se afastam muito do formato de um Estado-Nação fundado numa população relativamente homogênea em termos culturais. Já é enorme a diversidade das formas culturais de vida, dos grupos étnicos, de visões de mundo e das religiões, ou no mínimo em franca expansão”.⁷⁶

22. É certo que os interesses representados por grupos, movimentos, corporações ou associações não possam ser tidos como individuais – na medida em que transcendem o âmbito de um só indivíduo, assumindo um caráter coletivo (v.g., de todos os membros do grupo ou de

73. *A Sociedade Globalizada*, p. 100.

74. *A Moderna Tradição Brasileira (Cultura Brasileira e Indústria Cultural)*, pp. 205 e ss.

75. Octávio Ianni, *A Sociedade Globalizada*, pp. 47-48.

76. “O Estado-Nação Europeu...”, *Novos Estudos CEBRAP* 43/96.

todos aqueles pertencentes a uma dada categoria social). De outro lado, estes interesses não podem ser desidentificados com a parcela social que os titulariza. Quão mais diversificados se tornam os cortes sociais, mais distante fica o ideal universalizante e homogêneo da identidade coletiva total do Estado-Sociedade.⁷⁷

23. Ato contínuo a essa organização da sociedade em grupos de interesse, assiste-se a parcela destes grupos (diante da insuficiência dos aparatos do Estado em prover tais necessidades) tomar para si o encargo de realizar iniciativas voltadas ao atendimento de finalidades coletivas.⁷⁸ Trata-se do processo de aparecimento de “organizações não-governamentais”.

Estas entidades podem ser tomadas, nos contornos aqui adotados, como manifestações operacionais daqueles agrupamentos de interesse (na feição de movimentos sociais, neocorporativos ou enclaves pluralísticos) que passam a assumir funções concretas de natureza social antes a cargo do aparato estatal (por exemplo, proteção e amparo ao menor) ou que por ele nunca foram integralmente assumidas, em que pese à sua relevância pública (por exemplo, preservação do meio ambiente).

Antecipe-se que a emergência destes novos atores coloca em xeque a própria divisão entre as esferas pública e privada. Isso porque, embora construídas à margem do aparato estatal, seu raio de ação, abrangência dos interesses que perseguem e dependência de meios estatais dão a essas organizações um caráter *publicizado*.⁷⁹

77. Falando dos interesses coletivos, José Eduardo Faria bem ilustra este processo ao afirmar que tais interesses, sendo “inerentes a grupos, comunidades, corporações ou classes, ou seja, interesses conflitantes (e muitas vezes excludentes) entre si, a idéia de interesse comum, geral e universal já não pode mais ser concebida como uma espécie de ‘princípio totalizador’ destinado a compor, integrar, harmonizar e organizar os interesses individuais” (*Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, 1ª ed., 3ª tir., p. 106). O raciocínio é, ao nosso ver, plenamente aplicável ao conceito de interesse público.

78. Exemplos deste processo são as alianças firmadas entre grandes conglomerados empresariais e organizações não-governamentais no sentido de adotar políticas de proteção ambiental independentes de políticas governamentais, com olhos voltados diretamente para os efeitos positivos indiretos na estratégia de *marketing* e de competitividade dessas empresas. Em palestra proferida no Banco Mundial, os então Presidentes Mundiais da *Asea Brown Boveri* e da *British Petroleum* asseveravam, em uníssono, que “o envolvimento das empresas com questões ambientais e sociais, como Saúde e Educação, não é filantropia, nem relações públicas, mas sim uma exigência para se manter a competitividade a longo prazo” (*Gazeta Mercantil* 30.9.1996, p. A-5).

79. Demonstração disso são os resultados de pesquisa por amostragem realizada pela Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais que concluiu que

24. Como pertinentemente aponta importante teórico da Esquerda Brasileira,⁸⁰ todos estes processos de fragmentação social, constituem, contraditoriamente, uma força e uma impotência.

Força porque indicam a capacidade dos setores sociais de resistir à violência do mundo globalizado. *Impotência* porque revelam a incapacidade de atacar as fontes concretas dos problemas ensejadores da fragmentação.

Dessa aparente contradição – diz – emerge uma enorme constelação de organizações civis para a defesa de uma gama enorme de direitos e interesses de setores inferiorizados no jogo social.

25. É verdade que o Estado vai desenvolvendo mecanismos para se relacionar com estas organizações, movimentos, associações. Porém, paulatinamente, o corpo social fragmentado vai estabelecendo formas de relacionamento diferenciadas com o aparato estatal a partir de cada nível de demanda e de cada patamar organizacional e institucional que estes centros de interesse possuam. Assim, coloca-se em xeque a unicidade do poder decisório estatal.

Celso Lafer expõe com clareza os efeitos da fragmentação no Estado, enquanto poder decisório, ao afirmar que atualmente, e em especial nas Democracias, o Estado “é muito menos um ente soberano, dotado de poder de império e capaz de declarar, em última instância, a positividade da lei. *Ele é muito mais um mediador e fiador das negociações que se desenvolvem entre grandes organizações* – como empresas, sindicatos e grupos de pressão”⁸¹ (grifos nossos).

Este papel é exercido fora dos parâmetros unilaterais que caracterizavam o poder político no Estado Moderno, pois “os conflitos de interesse entre organizações, que asseguram o pluralismo nas formações sociais complexas, são freqüentemente resolvidos por acordos, que, como todos os acordos, resultam em concessões recíprocas e duram o tempo que as partes têm interesse em respeitar”.⁸² Daí concluir Lafer que este processo não se estabiliza, sendo imperativo o contínuo processo mediador do Estado, o qual somente pode sobreviver se

70% das suas filiadas mantêm alguma parceria com os órgãos públicos (*Folha de S. Paulo* 9.7.1996, p. 1.10).

80. V. Tarso Genro, “Uma estratégia socialista. Vinte teses em defesa de uma teoria democrática do Estado”, *Folha de S. Paulo* 20.4.1997, p. 3-5.

81. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 72.

82. Celso Lafer, *A Reconstrução...*, p. 72.

lograr êxito em renovar, constantemente, estes pactos sociais, median-do, articulando e dialogando com estas “grandes organizações”.

Vê-se, desde logo, que esta atuação não será possível sem uma transformação radical do papel do Estado. Tal mudança impacta fortemente os pressupostos do Estado Moderno, ao menos se tomado a partir dos traços que delimitamos no início deste trabalho.

III.4 *Os reflexos da globalização e da fragmentação no poder decisório: a crise do Estado Nacional*

26. A convergência dos dois fatores (globalização, por um lado, e fragmentação, por outro) põe à prova, necessariamente, as bases em que se ergue o Estado Nacional.

Nas palavras de um observador lúcido e atento, “a coexistência entre interdependência e globalização, de um lado, e fracionamento político e social, de outro, lembra muito mais a constituição de um mosaico medieval de que uma nova ordem que ultrapasse as relações entre Estados soberanos”.⁸³

O fato é que – consoante demonstra Enrique Zuleta Puceiro – o processo de estabelecimento do poder político a partir de uma concertação de interesses, necessidades ou conveniências dos indivíduos isoladamente tomados cede lugar a uma nova rede de interesses. “As grandes organizações econômicas, os sindicatos, os partidos e a burocracia seriam as novas partes do novo contrato social.”⁸⁴

Tais novos atores (no conjunto dos quais colocaríamos também todos aqueles grupos de interesse e instituições multilaterais acima di- visados) integrariam este “novo contrato social”, o qual – ainda se- gundo Puceiro – “se define em função de estratégias concorrentes [*co- lidentes*] dos interesses particulares”.⁸⁵

27. Estes processos todos, é óbvio, vão abalar os pressupostos do Estado Moderno, o qual, como vimos, liga-se umbilicalmente à sua territorialidade nacional. Afinal – como nos ensina Lechner –, tal processo de globalização “caracteriza-se justamente por ultrapassar o âmbito do Estado Nacional”. Diz o autor: “Atualmente, as instâncias

83. Luiz Gonzaga Belluzzo, “Viagem pela realidade imaginária”, *Carta Capital* 21.8.1996, p. 35.

84. Enrique Zuleta Puceiro, *Teoría del Derecho*, p. 143 (trad. nossa).

85. Idem, *ibidem*.

internacionais (Banco mundial, FMI etc.) restringem a autonomia es- tatal de tal modo que numerosos instrumentos (política monetária, gas- to fiscal), que antes estavam à disposição do Estado, transformam-se em condições ou parâmetros externos, que definem o quadro da ação estatal”.⁸⁶

Por força do processo de industrialização econômica, o Estado Nacional perde gradativamente a capacidade de dirigir e balizar a pro- dução nacional e de controlar a riqueza financeira⁸⁷ – o que, segundo Paul Singer, implica o risco de impotência do Estado Nacional para proteger “os direitos de apropriação sobre parcelas de apropriação na- cional futura”.⁸⁸

28. Vimos anteriormente que no presente trabalho estamos toman- do o Estado, preferencialmente, na sua acepção de poder decisório (v.g., capacidade de deliberar, politicamente, sobre a alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos amealhados junto à coletividade so- cial, com vistas, potencialmente, a atender às necessidades dispersas por essa coletividade) – o que envolve inclusive o poder de dizer mo- nopolisticamente o Direito válido no seu território.

Diante dos processos de globalização econômica e jurídica e de fragmentação social, este poder decisório é fortemente posto à pro- va.⁸⁹

Isto vem bastante bem sintetizado por Celso Campilongo, cujas palavras fazemos nossas: “Juristas e politicólogos, até bem pouco tem- po, não divergiam em definir a soberania como o poder de dizer, mo- nopolisticamente, o Direito válido em determinado território. Hoje, entre essa esfera formal da autoridade política e as práticas e estru- turas reais do Estado existe uma enorme diferença. A internacionaliza- ção da produção e das operações financeiras impossibilita a fixação

86. “Estado ...”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 28-29/244.

87. V. Paul Kennedy, “A ONU precisa sintonizar o futuro”, *O Estado de S. Pau- lo* 2.7.1995.

88. “O Estado Nacional é um imperativo democrático”, *Folha de S. Paulo* 19.3.1995, 2ª Caderno, p. 2.

89. Segundo José Eduardo Faria, para se ajustar estruturalmente às pressões con- flitantes e excluentes das sociedades complexas, diversificadas e heterogêneas, o Es- tado “facilita o deslocamento da ação política de seus canais tradicionais” e, de outro lado, para além de privatizar alguns conflitos, “estimula transformações por meio das quais o poder decisório se transfere das instituições governamentais formais para mól- des mais difusos de organização das desigualdades sociais, setoriais e regionais” (cf. “A nova Constituição e a reorganização jurídico-institucional do país”, *Nomos* 9-10(1- 2)/92).

autóctone das diretrizes econômicas nacionais. As decisões racionais não podem ignorar a interconexão das economias, os demais Estados, as organizações intergovernamentais e os grupos de pressão transnacionais. O Direito Internacional crescentemente retira do Estado a liberdade de tratar seus cidadãos como lhe pareça melhor. Os grandes blocos de poder e os esquemas internacionais de defesa militar debilitam a autoridade do Estado. Tudo isso modifica substancialmente o modelo jurídico concebido de Estado-Nação a partir das diferentes instâncias que interferem no processo decisório do Direito territorial”.⁹⁰

28.1 Do ponto de vista econômico, as grandes corporações econômicas e financeiras vão, num ciclo vicioso, criando um liame de vinculação pelo qual impõem aos Estados recuos no exercício de sua capacidade de interferir no jogo econômico. Esta dependência leva a um processo pelo qual – sob pena de sua ineficácia e a partir de um constante jogo de enfrentamento – as grandes corporações fazem refêem o poder decisório formalmente detido pelo Estado, sob a ameaça de retirada de investimentos,⁹¹ desmobilização de plantas industriais ou, no caso dos países periféricos, simplesmente de marginalização no panorama econômico mundial.⁹²

Este processo reflete-se também na crescente vinculação dos Estados aos organismos multilaterais. E em tais organismos estão presentes os interesses das grandes corporações. Não só as agências de fomento (essencialmente dependentes dos aportes dos países desenvolvidos, que, por seu turno, têm sua capacidade financeira dependente diretamente das grandes corporações e dos grandes agentes financeiros) como também os organismos reitores do comércio internacional

90. *Direito e Democracia*, pp. 100-101.

91. Claus Offe bem ilustra este processo com uma referência que parece talhada para o panorama brasileiro dos dias de hoje: “Um Estado (...) muito dependente de investimentos privados começa a fazer o que as empresas quiserem para não perder força econômica. Vira uma relação desigual, em que o mercado tem todas as fichas na mão. Em última instância, isso acaba afetando a confiança na Democracia. (...) Na Austrália, por exemplo, uma empresa ganhou uma concessão para fazer uma rodovia na região de Melbourne. (...) Só que ela recebeu, além disso, a garantia de que nos próximos 30 anos não será construído um ‘metrô’ na região” (revista *Veja* 8.4.1998, p. 12).

92. Este processo é assim resumido por David C. Korten: “When the economy is global and governments are national, global corporations and financial institutions function largely beyond the reach of public accountability, governments become more vulnerable to inappropriate corporate influence, and citizenship is reduced to making consumer choices among the products corporations find it profitable to offer” (*When Corporations Rule the World*, p. 92).

ou de coordenação de mercados comuns guardam uma enorme inter-relação com os grandes atores econômicos transnacionais.

Como assevera José Reinaldo Lima Lopes, “seja como for, o fato é que o Estado torna-se menos capaz de legislar soberanamente: grupos internos e o governo internacional do FMI, do GATT e do Grupo dos Sete limitam sua capacidade decisória”.⁹³ E, referindo-se ao GATT e à OMC, David Korten é explícito ao afirmar o poder que, nestas instâncias, exercem as grandes corporações transnacionais, influenciando inclusive nas regras editadas por estes organismos.⁹⁴

28.2 Sob o ponto de vista jurídico, de outro lado, com a crescente contingência dos Estados em se obrigar com convenções, tratados ou acordos internacionais (não só na área de comércio, mas na seara ambiental⁹⁵ e dos direitos humanos⁹⁶) emerge um outro campo de restrição à atividade despejada do poder decisório estatal no âmbito territorial nacional.⁹⁷

93. “Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, in José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos...*, 1ª ed., 3ª tir., p. 91.

94. *When Corporations...*, p. 177.

95. “Com efeito, na generalidade das quase três centenas de convenções multilaterais sobre proteção do ambiente (...) o comportamento dos Estados deixa de ser equacionado em termos exclusivamente de competência, coberta pelo sacrossanto princípio da não-ingerência, ou da autolimitação imposta pelos direitos dos vizinhos. (...) Assim, instala-se uma nova lógica de construção jurídica dos instrumentos convencionais: a procura de um rigoroso equilíbrio bilateral entre Estados- membros uns em face dos outros tende a ceder perante a centralidade do interesse público ou comum internacional” (cf. José Manuel Pureza, “Globalização e Direito Internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da Humanidade”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 30/79).

96. Note-se neste particular que o moderno Constitucionalismo vem avançando no sentido de que a assinatura de um tratado internacional versante sobre direitos humanos faz suas disposições incorporarem-se ao Direito do país subscritor, prescindindo-se da mediação do Poder Legislativo correspectivo (cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos...*, pp. 103 e ss., e Antônio Augusto Cançado Trindade, “A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos”, *Arquivos do Ministério da Justiça* 46/27-54, n. 182). Este processo – parece-nos claro – também demonstra a restrição ou o solapamento da capacidade decisória enfeixada no Estado Moderno (v.g., Estado Nacional).

97. Este processo é reconhecido explicitamente pelos titulares do poder decisório central. V. como exemplo o discurso do Presidente Fernando Henrique Cardoso em palestra proferida em 1996 no Centro Internacional Indiano: “Intimamente vinculada à questão da globalização econômica é a mudança no papel do Estado. A globalização significa que as variáveis externas passaram a ter influência acrescida nas agendas domésticas, reduzindo o espaço disponível para as escolhas nacionais” (*Folha de São Paulo* 28.1.1996, p. 1-8 – grifos, obviamente, nossos).

Ainda no tocante ao Direito, são crescentes as pressões pela uniformização (v.g., internacionalização) dos instrumentos jurídicos no âmbito dos acordos comerciais, o que faz imperativas a combinação e a conciliação de regras e procedimentos internos aos países, os quais são substituídos por diversos e diferenciados mecanismos de “Direito Comunitário”.⁹⁸

28.3 Já o processo de fragmentação social e política também sobrepõe o poder decisório, na medida em que tanto põe à prova a exclusividade da autoridade como leva também ao questionamento do próprio monismo jurídico.⁹⁹

O Estado passa a ter que conviver com outros núcleos de autoridade representados pelos diversos agrupamentos, transitórios ou não, de interesses. Tais agrupamentos passam a ter, crescentemente, autonomia em relação ao aparato estatal.¹⁰⁰ Mais ainda, passa a ser indesejável a necessidade de interlocução, de mediação com estas instâncias sociais, as quais passam a substituir os partidos no processo de interlocução política,¹⁰¹ inclusive no tocante à produção legislativa.¹⁰²

98. A esse respeito, v. José de Castro Meira, “Globalização e Direito”, *Boletim de Direito Administrativo* 7/145 e ss. V. também Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.), *Direito Global*, 1999.

99. “Ocorrendo simultaneamente, essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico, outro princípio básico constituído e consolidado em torno do Estado-Nação, e abrem caminho (...) para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas num mesmo espaço geopolítico, inter cruzando-se e interpenetrando-se de modo constante” (cf. José Eduardo Faria, *O Direito...*, 1ª ed., 3ª tir., p. 15).

100. Cf. Robert A. Dahl, *I Dilemi della Democrazia Pluralista*, p. 36: “Le organizzazioni economiche, in particolare le imprese ed i sindacati, reintrano anch’esse all’interno dei problemi dell’autonomia e del controllo. La loro autonomia è allo stesso tempo un fatto, un valore e fonte di pericoli. In tutti i paesi democratici le imprese prendono decisioni importanti che non vengono interamente controllate dai funzionari del governo”.

101. Para uma análise da relação entre os grupos de interesse e as instâncias partidárias a referência obrigatória é Claus Offe, *Capitalismo Desorganizado*, especialmente pp. 223 e ss., e *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*, especialmente pp. 292 e ss. Além deles, v. os trabalhos de Celso Campilongo retocitados.

102. Miguel Reale defende uma mudança de enfoque “na configuração do Parlamento como órgão destinado a legislar e a fiscalizar a Administração, decidindo sobre tudo de per si, como ‘representante exclusivo e soberano da vontade popular’”, propugnando pela possibilidade de um novo modelo democrático que “pressuponha a participação, na elaboração de leis, das organizações não-governamentais (ONGs), desde que de forma explícita e transparente” (“A sociedade civil e a idéia de Estado – O Estado da civilização cibernética”, *RDA* abril-junho de 1996, p. 17).

Da fragmentação social deriva um processo de multiplicação das fontes de normatividade social, pondo, portanto, em questão a unicidade e a homogeneidade do próprio modelo positivista de Direito.

29. Todas estas mudanças impactam o modelo de Estado e de Direito próprios à Modernidade, abalando sua estrutura enquanto dependentes de um poder decisório absoluto e unívoco no âmbito territorial nacional. Colocam em crise “a capacidade de decisão suprema, interna e externa, do poder estatal e da possibilidade de direção, pelo alto, da vida em sociedade”.¹⁰³ Nas palavras de Paul Kennedy, o Estado Nacional, “principal agente autônomo nas questões políticas e internacionais nos últimos séculos, parece não apenas ser o ‘tipo errado’ de unidade para enfrentar as circunstâncias mais novas”. Mais ainda, verifica-se uma situação contraditória, segundo a qual para algumas questões “é uma unidade demasiado grande para operar com eficiência”, enquanto para outras “é pequeno demais”.¹⁰⁴

O fato é que isto tudo acarreta uma crise no modelo político e jurídico próprio à modernidade de Estado. Segundo Boaventura de Sousa Santos, “a transnacionalização da economia e o capital político que ela transporta transformam o Estado numa unidade de análise relativamente obsoleta, não só nos países periféricos e semiperiféricos, como quase sempre sucedeu, mas também, e crescentemente, nos países centrais”.¹⁰⁵

O mais interessante é que – ainda segundo Boaventura – vai se revelar um contraditório processo segundo o qual o Estado, antes de se democratizar e se permear à sociedade, compensa sua perda de autoridade pelo “aumento do autoritarismo”, fazendo-o em parte pela “congestão institucional da burocracia” (processo ao qual nos reportamos no final do capítulo anterior), em parte, paradoxalmente, “pela devolução à sociedade civil de competências e funções” que assumira anteriormente e que agora parece “estrutural e irremediavelmente incapaz de exercer e desempenhar”.¹⁰⁶

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, assistimos a um processo de “distanciamento cada vez maior entre cidadãos e as

103. Cf. Roberto Ruffilli, “Gli ultimi sviluppi del dibattito sullo Stato nell’età contemporanea”, in Roberto Ruffilli (org.), *Crisi dello Stato e Storiografia Contemporanea*, p. 169.

104. Cf. Paul Kennedy, *Preparando o Século XXI*, p. 129.

105. *Pela Mão de Alice...*, p. 89.

106. Idem, p. 89.

instâncias decisórias que lhes afetam diretamente a vida”. E o autor parece concordar com parte do nosso diagnóstico ao afirmar que “a claríssima tendência à formação de blocos de Estado, de que a Europa é a mais evidente demonstração, revela o surgimento de fórmulas políticas organizatórias muito distintas das que vigoraram no período imediatamente anterior e, como dito, um distanciamento quase inevitável entre o cidadão e o Poder”.¹⁰⁷

Esta crise abate os próprios pressupostos do Estado Moderno, refletindo-se nos vetores que identificamos no início deste trabalho.

III.5 A crise da noção de soberania

30. O primeiro pressuposto – quiçá o mais sensível deles – talvez seja a concentração do poder, traduzida numa crise do conceito de *soberania*. Lembramos que, como antes esperamos ter mostrado, o conceito de *soberania* intrínseco ao Estado Moderno fora forjado (política e doutrinariamente) na eliminação dos particularismos das ordens locais e da pluralidade de poderes extranacionais.

Ocorre que, no contexto pautado pelas transformações aqui enumeradas, em que pese à permanência formal (ou quase isto) dos Estados Nacionais, em termos concretos os Estados, convivendo com uma diversidade de pólos de poder, internos e externos ao seu território,¹⁰⁸ passam a conviver com o permanente desafio da sua exclusividade e unicidade enquanto poder decisório: “descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória”.¹⁰⁹

Ou então, como assevera Otávio Ianni, “é claro que não se apagam o princípio da soberania nem o Estado-Nação, mas são radicalmente abalados em suas prerrogativas”, haja vista que se alteram “as configurações e movimentos da sociedade global”.¹¹⁰ Segundo o autor: “A soberania do Estado-Nação não está sendo simplesmente limitada, mas abalada pela base”.¹¹¹

107. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Estado y Democracia: la integración supranacional”, in Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (orgs.), *El Derecho Público de Finales de Siglo*, pp. 65-66.

108. Cf. Claudio Bonvecchio, “Lo Stato e il sovranazionale”, in Maurizio Basciu (org.), *Crisi e Metamorfosi de la Sovranità*, p. 76 (trad. nossa).

109. José Eduardo Faria, *O Direito...*, 1ª ed., 3ª tir., p. 23.

110. *Teorias da Globalização*, p. 34.

111. Idem, *ibidem*.

31. Bem de ver que este processo, malgrado assistir a uma grande aceleração na década de 90, com a difusão dos processos de globalização ou mundialização antes vistos, tem origens um pouco mais remotas.¹¹² Já em 1983 Nicola Mateucci, descrevendo o verbete “Soberania” do festejado *Dicionário de Política* capitaneado por Bobbio, assinalava, com clareza, a crise do Estado Moderno e do seu vetor primacial.

Pedimos licença para transcrever suas palavras, porquanto extremamente atuais e precisas. Dizia o autor italiano que o Estado Moderno, enredado em sua crise, “não mais [seria] capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista da arena internacional”.¹¹³

O diagnóstico (ou, ousaríamos dizer, o prognóstico) de Mateucci correspondia exatamente àquele que acima intentamos firmar. Suas palavras: “Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais”.¹¹⁴

32. Na verdade, a noção de *soberania* é posta em colapso quer na sua dimensão doutrinária, quer na sua dimensão política.¹¹⁵

112. Vale lembrar que a chamada *teoria da soberania restrita*, que excluía a imunidade jurisdicional dos Estados no tocante aos seus atos de Direito Privado e Comercial, data da década de 50. A esse respeito v. Arnoldo Wald, “A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional”, *Revista de Informação Legislativa* 97/103-110.

113. In Norberto Bobbio e outros, *Dicionário de Política*, p. 1.187.

114. Idem, p. 1.187. Logo adiante, mesmo considerando os impactos internacionais apenas sob o prisma da colaboração internacional, o autor sentenciava que se assistia ao “desaparecimento da plenitude do poder estatal caracterizada justamente pela soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites”.

115. Talvez o exemplo mais paradigmático deste processo de relativização da soberania seja o que ocorre no âmbito da Comunidade Européia. Neste sentido põe-se paradigmática a discussão travada no âmbito do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em torno da emenda constitucional que, para permitir seu ingresso na CEE, expressamente afirmava a possibilidade de que a Federação Alemã viesse a “transferir poderes soberanos por intermédio de lei com anuência do Senado”, conforme a redação que se dava ao art. 23 da Carta Germânica. Tal dispositivo foi questionado quanto à sua constitucionalidade, na medida em que – diziam seus opositores – violava o princípio democrático. A decisão da Corte Constitucional afirmou que o princípio democrático não impede a Alemanha de tomar parte de comunidade supranacional. Inobstante, reafirmou que a soberania pertence ao povo alemão e que ele, Tribunal Constitucional, preserva-se como guardião dos lineamentos que refletem e garantem esta soberania. A esse respeito, v.: Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua Reserva de Justiça*, pp. 156-159, e José Eduardo Faria, *O Direito...*, 1ª ed., 3ª tir., pp. 220-221, nota de rodapé 1.

32.1 Do ponto de vista doutrinário, a simples afirmação dos organismos e instâncias internacionais, a partir da criação da Organização das Nações Unidas, já corrói a noção de soberania, por contradizer seus próprios pressupostos teóricos. É que, como vimos, do ponto de vista da construção teórica no bojo da qual foi ela gestada, a soberania se afirmaria como absoluta e perpétua. Tal construção enreda uma armadilha: estes atributos não admitem, logicamente, sua relativização. Daí a precisa afirmação de Claudio Bonvecchio no sentido de que admitir a mitigação ou a relativização da soberania importa, em suma, negar sua própria existência.¹¹⁶

32.2 Do ponto de vista político também se põe insustentável a plenitude do conceito de Estado Soberano (conforme visto anteriormente), porquanto “qualquer concepção de soberania que a tome como uma forma ilimitada e indivisível de poder público, portanto, está posta em questão”. Isso porque, hodiernamente, a soberania “já se divide entre um certo número de agências – nacionais, regionais, internacionais – e é limitada pela própria natureza dessa pluralidade”.¹¹⁷

A pressão dos interesses econômicos transnacionalizados (obedientes a dinâmicas econômica e financeira radicalmente mundializadas) e dos interesses organizados presentes numa sociedade complexa e multifacetada obriga o poder político a atuar longe da imperatividade e unilateralidade monocrática que modelavam o Estado originado do período absolutista. Este passa a ter que exercitar papéis “que são antes os de intermediação e de garantidor de soluções pactuadas em arenas extraparlamentares e extrajudiciais”, e menos de “detentor do poder de império, segundo a representação clássica da soberania”.¹¹⁸

32.3 Em suma, os processos de globalização e fragmentação acima divisados, próprios da contemporaneidade, levam a uma dupla fa-

116. Em suas palavras: “Infatti, una sovranità o è tale in tutta la sua pienezza oppure non è tale. In questo secondo caso non sussiste sovranità (...). Postulare una qualsiasi forma di limitazione alla sovranità, negandone, di conseguenza, il carattere assoluto ed indiscutibile, connesso alla stessa esistenza” (cf. Claudio Bonvecchio, “Lo Stato...”, in Maurizio Basciu (org.), *Crisi...*, p. 78).

117. David Held, “A Democracia, o Estado-Nação e o sistema global”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 23/178. Interessante destacar que Held coloca como uma das balizas de uma “autonomia democrática” que deve emergir deste processo de globalização a necessidade de articulação das comunidades políticas territorialmente delimitadas (agências, associações, organizações) de modo a tornar o Estado-Nação parte de um processo democrático (p. 191).

118. José Eduardo Faria, “Dilemas e desafios do Direito do Trabalho”, *Revista do TRT-8ª Região* 27(53)/28-29.

lência do Estado Moderno enquanto detentor do poder político concentrado, soberano. Como bem diz Luigi Ferrajoli,¹¹⁹ há uma crise “pelo alto” ditada pelos processos de “maciça transferência de poder decisório para entes superestatais e extraestatais” tais como a Comunidade Européia, a ONU, e outras tantas organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial etc. De outro lado, uma crise “por baixo”, representada pelos “impulsos centrífugos e pelos processos de desagregação interna” nos quais se encontram eles fortemente inseridos.

32.4 Diante deste contexto, claro resta que o conceito de *soberania* não pode mais ser tomado como elemento edificante das concepções de Estado e de Direito. No vácuo da sua crise, fica patente que o Estado, na acepção adotada neste trabalho, sofre profunda alteração, porquanto – conforme já apontado acima quando da citação do pensamento de Celso Lafer – deixa “de ser um *locus* natural e privilegiado de direção, deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios, limitando-se a atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos”.¹²⁰

III.6 A crise da dicotomia público/privado

33. Melhor sorte não assiste ao outro vetor estruturante do modelo de Estado Moderno – a delimitação do poder a partir da separação entre as esferas pública e privada.

Como já antecipava Dalmo Dallari há quase 30 anos, nos tempos atuais “as atividades públicas e privadas se interpenetram de tal maneira que o Estado, freqüentemente, utiliza técnicas jurídicas anteriormente exclusivas do Direito Privado, enquanto os particulares, por seu lado, agem, cada vez com maior freqüência, segundo as regras tradicionalmente consideradas como de Direito Público”.¹²¹ A descrição corresponde, com perfeição, a um dos traços característicos da interpenetração entre as duas esferas: o intercambiamento de instrumentos jurídicos.

Porém, nos últimos anos (com a aceleração dos processos antes analisados) a implosão da separação entre público e privado (e, por

119. “La sovranità nel mondo moderno: crisi e metamorfosi”, in Maurizio Basciu, *Crisi e Metamorfosi de La Sovranità*, pp. 64-65.

120. José Eduardo Faria, *O Direito...*, 1ª ed., 3ª tir., p. 37.

121. Dalmo Dallari, *O Futuro do Estado*, p. 80.

consequência, o esgarçamento dos limites de abrangência – e legitimação – da atuação do poder político) adquire outros contornos. Passa, nos dizeres de Giannotti, por uma profunda revolução que a distancia tanto da sua origem grega quanto daquela concepção cunhada quando do aparecimento do Estado Moderno.¹²²

34. Desde logo, há que se registrar que este processo de implosão da célebre dicotomia – ou, se quisermos, esta interpenetração de esferas – tem início na medida em que o desenvolvimento capitalista impeliu o Estado a assumir tarefas sociais, abandonando seu papel de mero observador e controlador do jogo econômico. Como assinala Alberto do Amaral Jr., “a mudança estrutural que acabou por alterar a relação entre o setor público e o setor privado somente ocorreu quando o Estado assumiu novas funções na vida social”,¹²³ desviando-se da simples tarefa de preservar a ordem, a segurança e a paz para incumbir-se de funções (quer de ordenação, quer de estruturação, quer de compensação) econômicas e sociais.

É razoavelmente simples de se entender a relação da modificação das funções do Estado com o colapso da dicotomia público/privado. Afinal, como vimos anteriormente, toda a dicotomia se estrutura a partir da perspectiva de delimitação do poder político. Na medida em que o dever do sistema econômico levou ao desbordamento destes limites e que o poder político passou a atuar na seara dantes reservada aos particulares, põe-se em xeque a apartação das esferas.

35. Pulverizada a linha demarcatória (se é que, em termos concretos, podemos dizer que a mesma existira mesmo no modelo liberal) entre o que é público e o que é privado, passa a ser freqüente e crescente o intercâmbio entre instrumentos, valores e pressupostos. A imissão mais visível é justamente dada pelo cruzamento entre Direito Público e Direito Privado de que nos fala Dalmo Dallari na cita *retro*. Habermas vai no mesmo sentido, teorizando sobre a “privatização do Direito Público” e a correspondente “publicização do Direito Privado”.¹²⁴

O crescente recurso do Estado a mecanismos de Direito Privado, de modo a fazer frente à sua ação em searas antes exclusivas da iniciati-

122. V. José Arthur Giannotti, “O público e o privado”, *Folha de S. Paulo* 6.4.1995, pp. 5-6. O texto consta da coletânea *Saúde no Brasil: Retratos de uma Encruzilhada*, Salvador, Sarah Letras, 1995.

123. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, p. 78.

124. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, p. 180.

va privada, irá, ao longo do tempo, apresentar-se de formas bastante diversas. De início tínhamos a utilização do instrumento contratual, que ensejava enormes polêmicas quanto à sua natureza. Ao depois veio a se somar a utilização de fórmulas empresariais – empresas públicas e sociedades de economia mista – para realização não só de serviços públicos, como também de atividades econômicas. Hoje assiste-se a tal cruzamento se dar pela adoção de sofisticados mecanismos, como as participações societárias em empresas privadas ou a montagem de projetos financeiros para fomento de atividades empresariais privadas.

Este processo vem analisado de forma veemente por Maria João Estorninho, para quem nos dias de hoje (período que denomina de *Estado Pós-Social*) “o movimento de ‘privatização’ da Administração Pública agrava-se devido à própria crise do Estado-Providência e a Administração Pública, qual naufrago que procura agarrar-se à tábua de salvação, tenta hoje desesperadamente reencontrar eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e de revalorização da vida civil”.¹²⁵

Porém, isso não ocorre apenas no âmbito do sistema jurídico. Reflete-se também no que se convencionou chamar de “socialização do Estado” e de “estatização da sociedade”,¹²⁶ de tal sorte que não mais é possível, nem mesmo em termos teóricos ou retóricos, sustentar a validade da dicotomia público/privado para fins de delimitação do campo de atuação do poder político. Em uma palavra, temos revelada a insuficiência da própria dicotomia Estado/sociedade civil.¹²⁷

36. Se o fenômeno de interpenetração entre as esferas tem início quando da mudança de funções do Estado, também é verdade que ele vai se aprofundar mediante a internacionalização e fragmentação estudadas neste capítulo.

37. Os processos de fragmentação social implodem de vez a possibilidade de preservação conceitual ou política da dicotomia público/privado. Em grande medida, o processo de emergência de grupos de

125. *A Fuga para o Direito Privado*, p. 354.

126. Maria João Estorninho, *A Fuga...*, p. 180.

127. Cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Estado e a Sociedade...*, pp. 96-97. Celso Campilongo traduz este processo da seguinte maneira: “Neste processo, a definição do público e do privado, a separação entre Estado e sociedade, o ato de representar e o de ser representado, tornam-se cada vez menos distintos” (*Representação Política...*, p. 111).

interesse, associações ou organizações não-governamentais implica a atribuição de um *status* público a estas instituições.

37.1 Tal caráter reflete-se não só na obtenção de benefícios (tributários, sociais, eventualmente de acesso preferencial a bem público), mas também traduz a assunção de prerrogativas e de ascendência sobre um determinado agrupamento social, cujos integrantes (indivíduos) passam a ter com a instituição uma referência mais forte que com o próprio Estado. Nas palavras de Celso Campilongo, este verdadeiro “poder privado” levanta uma forte dúvida acerca da sua compatibilidade com a Democracia política.¹²⁸

37.2 Portanto, o processo de fragmentação social (o qual, apesar de ser aqui assim tratado, antes de implicar uma pulverização do poder social, acaba por significar uma aglutinação do poder atomizado dos indivíduos, substituídos estes por grupos, associações, instituições) leva à destruição da noção de *espaço público*, tanto da construção liberal (quer no matiz contratualista, quer no individualismo utilitarista) quanto da concepção hegeliana (que concebe o público como um ente superior, transcendente aos indivíduos).

37.3 Ao fazê-lo, põe em questão o Estado como detentor do monopólio do poder decisório, deslocando (sem privar as instituições estatais de alguma alçada decisória) tal poder também para instituições sociais (privadas). Assiste-se ao processo de privatização do público por meio da “substituição do Estado enquanto definidor dos interesses gerais por grupos ou corporações”,¹²⁹ as quais, naturalmente, enredam-se, tangidas pelos interesses privados de seus membros.

37.4 O poder decisório com relação à alocação de bens, direitos e oportunidades públicas (v. Capítulo I), antes monopólio do espaço público, passa a ser também exercitado por instituições privadas, quer porque estas assumem a co-responsabilidade pelo atendimento de demandas sociais, quer porque elas se tornam interlocutores obrigatórios do Poder Público no processo decisório, sem o quê resta ameaçada a efetividade daquela decisão.

38. Já do ponto de vista da internacionalização, a separação público/privado põe-se ainda mais sem sentido, na medida em que os *inputs internacionais* não-estatais (ou seja, não originados pelo poder

128. *Representação Política...*, p. 110.

129. Cf. Pedro de Vega García, “Dificultades y problemas para la construcción de la igualdad”, in Antonio Enrique Pérez Luño (org.), *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*, p. 277.

político do Estado estrangeiro, ainda que por este sejam, episodicamente, deles portadores¹³⁰) acabam por exercer uma influência determinante na operação do poder político. Com isso, o Estado Nacional torna-se sujeito a interesses particulares de grupos não radicados internamente às suas fronteiras territoriais.

O processo de *socialização do Estado* assume um caráter *globalizado*. Como pondera Norbert Lechner, “a globalização incorpora os diversos aspectos da vida social a um ‘sistema mundial’ e tem sua contrapartida na internacionalização, ou seja, estratégias que vinculam o ‘nacional’ aos processos de mundialização”.¹³¹

38.1 São visíveis e bastante fortes os efeitos do processo de internacionalização econômica na superação da separação público/privado. Partindo dos contornos expostos nos itens III.2 e III.4, acima, verificamos que o poder decisório, antes monopolizado na esfera pública interna, se desloca para novos centros, externos ao Estado Nacional e influenciados ou dominados por interesses econômicos.

38.2 Mais que isso, o processo de globalização, como demonstrado, cria uma sobreposição das duas esferas, tendendo a transportar todas as decisões políticas, econômicas e sociais para o cenário supranacional, onde vigoram as regras do mercado (ou seja, sujeito àquela nova *lex mercatoria* de que há pouco falávamos).

39. Inúmeras são as manifestações do processo de globalização levando à superação da clássica dicotomia. Esse quadro é notável quando observamos o atual contexto da intervenção do Estado na economia. Premidos pelo curso da internacionalização econômica, os Estados Nacionais procuram redimensionar a atuação das suas empresas estatais. E o fazem por meio de dois processos antagônicos, que, no entanto, apontam para a inviabilidade da dicotomia aqui tratada.

39.1 Em algumas situações o poder político retira-se da exploração direta de atividade econômica ou da prestação de serviços públicos. Verifica-se aí uma privatização típica (mediante a venda do controle de empresas estatais) na qual o Estado atua perseguindo as melhores condições de venda e, portanto, age como se fosse um agente do mercado, a partir da lógica específica da esfera privada (v.g., busca da

130. “Os chefes de governo se tornaram agentes diretos do mercado, como caixeiros viajantes das suas empresas ‘competitivas’” (Cf. Tarso Genro, “Globalismo e Crise Política”, in *Folha de São Paulo* 21.1.1997, p. A-3).

131. “A reforma do Estado e negociação política”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 37/40.

maximização do lucro) – o que traz perplexidades quando cotejado com os pressupostos que devem balizar a ação na esfera pública.

39.2 Em outras situações o poder político opta por incrementar a atuação e flexibilizar a gestão das empresas estatais. E o faz mediante a adoção de sofisticados mecanismos empresariais.¹³² Nestes casos temos uma privatização atípica, na qual o Poder Público lança mão de instrumentos jurídicos próprios ao mundo privado (fusão e incorporação empresarial, *joint ventures*, acordos de acionistas, contratos de gestão, propriedades cruzadas, grupos societários). Tais mecanismos colocam o poder político diante de lógicas e compromissos incogitáveis se admitida a nítida separação público/privado.

39.3 Em uma e em outra situação vê-se que o contexto da economia contemporânea aprofunda os processos de interpenetração das esferas pública e privada que se iniciam no *Welfare State*, levando-os a um estágio em que se torna praticamente impossível desvincular cada uma das esferas de modo a determinar o confinamento do poder político.

40. O fato é que o processo de internacionalização e globalização da economia contribui para a crise da dicotomia em apreço porque também introduz novos espaços decisórios (supranacionais), nos quais os atores privados – mormente as grandes corporações econômicas – têm um papel relevante, quando não predominante. Como já dissemos, é o que ocorre no âmbito das experiências de integração econômica, das quais o melhor exemplo é a Comunidade Econômica Européia.

40.1 Não é sem motivo que a grande questão hoje em debate na Ciência Política européia seja o chamado “déficit democrático” da CEE. De maneira bastante sintética, tal crítica volta-se contra o fato de que ao crescimento da importância dos órgãos técnicos da CEE não corresponde um fortalecimento do Parlamento Europeu. Seguiria daí um processo segundo o qual a crescente autonomia decisória das Comissões (espaço predominantemente tecnocrático e sob forte influência das corporações econômicas) tenderia a aniquilar o papel do Parlamento (espaço predominantemente político e sujeito aos controles

132. É o que se percebe, por exemplo, no setor de telecomunicações (no qual bons exemplos são as empresas estatais de telefonia da Espanha, Itália e Alemanha, com forte participação no controle de empresas privadas ou privatizadas de outros países) ou, mesmo, no setor postal (onde recentemente a empresa postal alemã adquiriu o controle de uma concorrente privada, além de participações estratégicas em outras empresas do setor).

democráticos). Assim, segundo essa linha de crítica, o fortalecimento da CEE traria o risco de um enfraquecimento dos mecanismos de controle do processo decisório.

40.2 O fato é que os comitês e secretariados dos blocos econômicos, assim como os organismos multilaterais, ainda que integrados formalmente por Estados Nacionais, tornam-se espaços de articulação dos interesses políticos e econômicos dos diversos atores transnacionais. E nesse jogo o interesse dos Estados torna-se apenas mais um dos atores em conflito, nem sempre tomado de forma predominante. Cada um destes organismos, tanto os secretariados da CEE, do NAFTA e do MERCOSUL como a ONU, o FMI, a OIT, a OMC, o BIRD, o BID, entre outros, “contempla, crescentemente, os interesses e os papéis das corporações”, desenvolvendo suas atividades a partir do reconhecimento das corporações transnacionais “como estruturas mundiais de poder”, fazendo, destarte, com que o “imperialismo e a interdependência sejam recriados e superados pelo globalismo”.¹³³

41. A globalização e a fragmentação social têm como consequência um processo de fracionamento do poder decisório estatal em sua manifestação normativa. Decorrência do convívio de diversas fontes normativas internas e externas às fronteiras do Estado Nacional – nos diz Celso Campilongo –, “é certo que essa fragmentação normativa diminui a capacidade do Estado-Nação fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos”.¹³⁴

42. Isto se põe mais veemente quando tomamos por base o que vem ocorrendo no âmbito da Comunidade Econômica Européia e que, não há dúvida, irá crescentemente ocorrer entre nós caso avancem os esforços de integração do Brasil a blocos econômicos. Ademais, tal fato já não nos é distante, como ilustra a recente restrição oferecida pela Organização Mundial do Comércio ao Programa de Apoio às Exportações (PROEX) brasileiro, no âmbito da reclamação “Bombardier vs. Embraer”.

Antoine Winckler¹³⁵ ilustra de forma muito feliz a erosão da dicotomia público/privado operada a partir das decisões da Comissão e, principalmente, da Corte de Justiça da Comunidade Européia.

133. Octávio Ianni, *Teorias da Globalização*, p. 149.

134. “Teoria do Direito e globalização econômica”, in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.), *Direito Global*, p. 91.

135. “Public et privé: l’absence de préjugé”, in *Archives de Philosophie du Droit* 41/301-315. Os parágrafos seguintes se suportam no referido artigo.

42.1 Do ponto de vista do Direito Público, a ação do Direito Comunitário (via, principalmente, decisões da Corte) abalou de forma notável os pressupostos do juspublicismo, tais como a noção de serviço público e de sua prestação necessariamente monopolística. Assim, algumas decisões tomadas, em especial a partir do início da década de 90, abalaram as bases, por exemplo, do que Carlos Ari Sunfeld denomina de “velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado”.¹³⁶

42.1.1 Assim ocorreu com a decisão no caso “Höffner vs. Macroton”¹³⁷ e no caso “Merci Convenzionali vs. Siderurgica Gabrielli (Porto de Gênova)”.¹³⁸ Nestes julgados a Corte interferiu diretamente nos institutos de Direito Público dos Estados-membros para afirmar que quando o Estado intervém no mercado, como empreendedor ou investidor comercial, ele não pode diferenciar-se dos outros operadores do mercado, devendo perseguir um padrão de eficácia mínima “sancionado por verdadeiras medidas de desestatização forçada”.¹³⁹

42.1.2 Idêntica restrição ao âmbito de aplicação dos institutos de Direito Público pelos Estados-membros da CEE verifica-se nas recentes decisões daquela Corte de Justiça relativas à extensão dos monopólios sobre serviços essenciais. É o que se verifica, por exemplo, no caso “RTT vs. GB-Immo-BM e Services de Télécommunication”.¹⁴⁰ Aqui a Corte de Justiça firmou entendimento que não só limita a atuação do Estado no domínio econômico, como confina e restringe a própria amplitude de aplicação de institutos de Direito Público, inclusive a noção de serviço público. Atua, assim, no sentido de “esvaziar os Poderes Públicos de seus atributos exorbitantes” que lhes permitiam agir com uma posição dominante nos mercados.¹⁴¹

136. “A Administração Pública na era do Direito Global”, in Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.) *Direito Global*, p. 161.

137. *Julgado C-41/90*, de 23.4.1991, *Rec. CJCE*, p. I-1.979. Neste julgado discutia-se o monopólio do Estado Alemão sobre a colocação de pessoal nos trabalhos contratados por empresas privadas.

138. *Julgado 179/90*, de 10.12.1991, *Rec. CJCE*, p. I-5.889. Neste caso discutia-se a validade do monopólio de operações de manutenção portuária outorgado pelo Estado Italiano a empresas privadas.

139. Antoine Winckler, “Public et privé:...”, *Archives de Philosophie du Droit* 41/307 (trad. nossa).

140. *Julgado C-18/88*, de 13.12.1991, *Rec. CJCE*, p. I-5.941, e os julgados conexos *C-271/90*, *C-281/90* e *C-189/90*, estes de 17.12.1992, *Rec. CJCE*, p. I-5.833. Nestes casos discutiu-se a conformidade aos tratados de constituição da CEE da ampliação do privilégio monopolista relacionado a serviços públicos para abranger atividades ancilares (aparelhos terminais ou serviços agregados).

141. Antoine Winckler, “Public et privé:...”, *Archives de Philosophie du Droit* 41/309 (trad. nossa).

42.1.3 Idêntico processo teve lugar na vedação às empresas públicas monopolistas de ampliar seu privilégio para abarcar atividades correlatas – posição firmada pela Corte no bojo do caso “Corbeau”, que teve por objeto o monopólio postal belga.¹⁴² Aqui ficou decidido que o Estado não pode lançar mão de monopólios públicos, salvo quando patente a necessidade destes para atendimento de uma necessidade de interesse geral (v.g., a preservação de um serviço universal), e no âmbito estrito desta atividade.

42.2 As categorias do Direito Privado também são postas a pique pela afirmação do Direito Comunitário. Como assevera Winckler, do mesmo modo que afeta as bases do Direito Público, “o Direito Comunitário acaba por criar, em certos casos, uma expropriação parcial das atividades privadas”.¹⁴³

42.2.1 Assim ocorre com as decisões que limitam a abrangência do direito de propriedade intelectual, das quais é bom exemplo aquela extraída dos casos “Sterling Drug”¹⁴⁴ e “Winthrop”¹⁴⁵ (que consagraram a “teoria do esgotamento de direitos”), bem como aquelas que obrigaram uma empresa detentora de posição dominante num mercado a tornar disponível a seus competidores instalações (inclusive redes) suas que sejam essenciais ao exercício da atividade, como no caso “Magic vs. RTE, BBC e ITP”,¹⁴⁶ no âmbito do qual restou consagrada a “teoria dos bens essenciais”.

Em todos estes casos as decisões da Corte impuseram ao Direito Privado um certo processo de *publicização*, tomado agora não pela

142. *Julgado C-320/91*, de 19.5.1993, *Rec. CJCE*, p. I-2.533. Aqui se discutia a possibilidade de um particular prestar serviços postais correlatos não oferecidos pelo serviço postal tradicional (público).

143. “Public et privé:...”, *Archives de Philosophie du Droit* 41/311 (trad. nossa).

144. *Julgado 15/74*, de 31.10.1974, *Rec. CJCE*, p. I.147. Neste caso discutiu-se se a permissão por parte do detentor de um direito de propriedade industrial para comercialização deste invento num Estado-membro permitiria a restrição à comercialização em outro Estado-membro.

145. *Julgado 16/74*, de 31.10.1974, *Rec. CJCE*, p. I.183. Neste caso discutiu-se a mesma situação do caso “Sterling Drug”, só que agora versando sobre o direito de marca.

146. *Julgados T-69/89*, *70/89* e *76/89*, de 10.7.1991, *Rec. CJCE*, p. II-4.123. Estes casos opunham três emissoras de televisão européias a uma empresa que pretendia editar uma revista com a programação reunida das três emissoras, ao que estas se opunham alegando o direito de autor sobre a programação. A matéria foi resolvida a favor da *Magic* em sede de apelo ao Tribunal da Corte, que consagrou a tese que interdita o monopólio ao uso da propriedade intelectual.

perspectiva do Direito Público estatal, mas do Direito Comunitário, que não deixa de ter um caráter vinculante.

Fica claro para nós que a emergência do Direito Comunitário no âmbito da formação dos blocos econômicos também acaba por inviabilizar, ao menos no tocante aos campos jurídicos, a dicotomia público/privado. Isso na medida em que impõe novos padrões jurídicos, não mais balizados pela clássica divisão.

43. Em suma, à luz das transformações acima vistas, parece-nos superada a perspectiva de limitação da atuação do poder político a partir da separação entre público e privado; e, por outro lado, parece também insustentável, sob o prisma teórico, a formulação da *grande dicotomia* referida por Bobbio.¹⁴⁷

Nossa preocupação com este aspecto não é, contudo, teórica. Ela decorre – isto, sim – dos enormes efeitos que o esvaecimento da dicotomia traz para a operação do poder político. Mais particularmente, para o processo de mediação e de definição do interesse público pautante da atividade do poder político (o qual, como vimos, estrutura grandemente o paradigma de Direito Administrativo moderno). A atenção a esse ponto parece procedente, pois, como mais uma vez alude Habermas: “A integração do setor público com o setor privado correspondia, particularmente, a uma desorganização da esfera pública que outrora intermediava o Estado com a sociedade”. Tal “função mediadora” passa a ser exercida, além dos partidos políticos, pelas instituições “constituídas a partir da esfera privada”.¹⁴⁸

Bem aponta Alberto do Amaral Jr. que “o Direito Público tradicional, que somente conhecera relações de subordinação hierárquica, vê-se agora dominado pela lógica das relações contratuais na medida em que contratos semipúblicos celebrados entre partidos, sindicatos, associações privadas e o próprio Estado tendem a substituir a regulamentação legal. O processo de privatização do Direito Público se completa com a transferência de tarefas públicas a pessoas privadas e com a utilização pelos Estados de critérios próprios do Direito Privado nas suas funções de promoção, distribuição e fomento”.¹⁴⁹

44. O solapamento dos eixos da concentração e da delimitação do poder político, decorrente da crise da noção de soberania e do en-

147. Fenômeno que de forma alguma escapa do filósofo italiano, conforme vemos em *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., p. 26.

148. V., neste sentido, J. Habermas, *Mudança Estrutural...*, p. 209.

149. *Proteção do Consumidor...*, p. 80.

fatuamento da dicotomia público/privado, põe em colapso o modelo de Estado Moderno, ao menos na configuração do Estado Nacional.¹⁵⁰ O arcabouço institucional e jurídico vinculado a eles não poderia restar incólume.

A globalização econômica e a fragmentação social trazem abaixo o paradigma de Direito Administrativo Moderno. E o fazem começando por abalar sua pedra angular – a noção de *interesse público*. É o que pretendemos demonstrar no capítulo seguinte.

150. Estamos, como já referido anteriormente, mantendo a vinculação ao nosso ver existente entre as noções de Estado Moderno e Estado Nacional. Isto porque, ao nosso ver, é indissociável à construção da Modernidade política a territorialização do poder, como demonstra Octávio Ianni. Inobstante, devemos aludir, como adiante veremos, que estes processos não podem ser lidos como denotadores do fim da idéia de Estado.

Capítulo IV

AS CRISES DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

IV.1 Introdução. IV.2 Os precedentes da crise exógena. IV.3 A inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular. IV.4 A Administração Pública frente a uma nova visão dos "interesses públicos".

“Si con optimismo pensamos que pronto el Derecho Administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la vida moderna presenta, pues aunque la disciplina jurídico-administrativa no haya cambiado demasiado, la sociedad y la Administración sí lo han hecho y lo seguirán haciendo y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del Derecho Administrativo.”

(Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. 1, 1996, p. II.2)

IV.1 Introdução

I. A noção de *interesse público* vive, na verdade, duas crises: uma endógena e outra exógena.

1.1 A primeira foi por nós abordada no Capítulo II, quando analisamos a questão da interpretação e aplicação do interesse público e dissemos que a noção, de início diretamente vinculada ao princípio da legalidade (que identificava o interesse público com a expressa locução legal), se esgarça a partir da crescente necessidade de interpretação ou preenchimento da feição aberta que vai assumindo a legalidade a partir da emergência do Estado Intervencionista. Com o crescimento da margem de atuação do aparato burocrático inicia-se um certo es-

garçamento da centralidade e da uniformidade de *interesse público*.¹ Chega-se, assim, à crise dos pressupostos de calculabilidade e de certeza jurídica que subjazem à racionalidade do Direto Moderno.²

1.2 A esta crise acrescenta-se, mais recentemente, outra, que poderíamos chamar de *exógena*, porquanto imposta por fatores externos à Administração Pública e ao Direito Administrativo, embora não independentes da crise endógena. Trata-se do colapso do conceito a partir dos processos que afetam a centralidade e a delimitação (confinamento) do poder decisório estatal. Fruto da internacionalização da economia e da fragmentação social, há pouco expostas, tais processos abalam inclusive os pressupostos de legitimação do poder político, incluindo, obviamente, a noção de interesse público. É sobre esta crise exógena que nos debruçaremos agora.

2. Enquanto a crise endógena pode ser vista como uma crise de aplicação do conceito de interesse público, que evolui para uma crise de justificação, a crise exógena coloca-se inicialmente como uma crise de justificação (os fenômenos econômicos, sociais e políticos hodi-

1. Sendo assim, parece-nos estarem presentes no contexto da crise endógena os lineamentos do *trilema regulatório* de que nos fala Gunther Teubner (“After legal instrumentalism? Strategic models of port-regulatory law”, in G. Teubner (org.), *Dilemmas of Law in The Welfare State*, pp. 316-321). Como é sabido, segundo o autor alemão o *trilema regulatório* estaria caracterizado pela incapacidade da atividade regulatória de efetivar um adequado acoplamento (*structural coupling*) entre o Direito, a Política e a Sociedade (ou os respectivos sistemas), ensejando uma falha regulatória. Este *trilema* seria caracterizado pela (i) hiperjuridicização da Sociedade (*over-legalization of Society*) ou *colonização da Sociedade pelo Direito*, representada pela excessiva legalização das atividades sociais, que restam descaracterizadas enquanto tais; (ii) pela hipersocialização (politização) do Direito (*over-socialization of Law*) ou *desintegração da Sociedade pelo Direito*, representada pela alta especialização e conseqüente interferência excessiva no sistema jurídico, levando à desintegração dos elementos normativos próprios ao sistema jurídico; e (iii) pela crescente incongruência (indiferença) entre Direito, Sociedade e Política, levando a um crescente distanciamento entre o Direito e a realidade social – aquilo que denomina *incongruence of Law, Politics and Society*” –, de modo que o Direito perde o controle, na exata medida em que perde sua autonomia. Entendemos que no caso seria aplicável o *regulatory trilemma* de Teubner à crise endógena da noção de *interesse público*, porquanto é justamente a partir da ampliação da abrangência da ação do Estado que se faz necessária a ampliação dos conteúdos normativos do Direito Público, fragilizando a relação lei/interesse público e, assim, permitindo o distanciamento entre a Sociedade, sujeito das pautas do Direito Administrativo, e o aparato burocrático incumbido de aplicação destas pautas. Esse processo de espraiamento do administrativismo (a partir da ampliação do conteúdo normativo do interesse público) leva a uma fragilização da sua coerência e da sua efetividade.

2. Cf. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, v. II, pp. 193-247.

nos desafiam a legitimidade do monopólio do poder político para dizer e efetivar o interesse geral), levando a uma crise operacional do conceito (pois não mais se mostra possível sua utilização a partir dos pressupostos unilaterais e autoritários de identificação do interesse público pelo poder político).

Diante disso, parece-nos que a crise exógena pode levar à superação dos impasses criados pela crise endógena. Isso se for possível redefinir a forma e os meios de atuação do aparato que se presta à concretização do poder decisório enfeixado pelo Estado.

IV.2 Os precedentes da crise exógena

3. Pelo tanto que até aqui peroramos, parece-nos que a noção de interesse público está a demandar uma reflexão mais detida, pois, no nosso sentir, não mais é possível trabalhar com a concepção que expusemos anteriormente e sobre a qual se edificou o paradigma de Direito Administrativo que conhecemos.

3.1 Primeiro porque a já referida implosão da dicotomia público/privado faz tortuosa tal definição. Diante da crescente fragmentação social, parece não ser mais válido falar de uma só unidade homogênea do público ou do coletivo, mas numa constelação de unidades orgânicas mais e mais multifacetadas e passíveis de agregações transitórias.

3.2 Segundo porque a emergência de fontes supranacionais de conflito, de decisão e de normatividade introduz novos cortes de interesses, os quais não cabem mais nos estritos limites da dicotomia clássica público/privado. Isso ocorre, por exemplo, com as discussões travadas no âmbito dos blocos econômicos, nos quais Estados e corporações privadas debatem em torno de interesses que não se traduzem, necessariamente, da polaridade público/privado.

3.3 Em terceiro porque cada vez mais podemos verificar a sobreposição entre interesses privados e públicos, especialmente quando organizações privadas assumem incumbências que deveriam estar a cargo do Poder Público ou quando a Administração se utiliza de fórmulas do Direito Privado para intervir nas relações de mercado.³

3.4 Por fim, porque os interesses que demandam a tutela do Estado passam a ser, em muita oportunidade, mais amplos que os inte-

resses da coletividade submetida ao poder político, levando a noção tradicional de interesse público a ser inservível, porquanto demasiada (e propositadamente) genérica. Daí decorre que, muita vez, advém a oposição de interesses de natureza transindividual, como é o caso do célebre conflito entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento econômico em regiões periféricas.

4. Estas quatro ordens de fatores (subjacentes à crise exógena de que falamos) colocam em questão a tradicional concepção de interesse público e a sua própria centralidade para o paradigma prevaiente entre os administrativistas. Diante disso, parece-nos imperativo redimensionar a noção de interesse público a partir do contexto vivido pelo Estado dos dias de hoje. Caso contrário restará um conceito útil apenas para fins retóricos, um instrumento discursivo voltado a escamotear, vez ou outra, a instrumentalização ou o aniquilamento do Estado.

Para tanto, parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta⁴ e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social.

Nos dizeres de L. F. Colaço Antunes, atualmente o Estado “encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos. Por sua vez, as organizações espontâneas resultantes do pluralismo social permitem cada vez mais uma relação direta do cidadão com a Administração e o Estado, substituindo-se às instituições que tradicionalmente celebram esta relação. O Estado encontra-se permanentemente no dever de repensar o seu papel e seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de justificar sua presença e sua ação”.⁵

4. Cf. Dalmo Dallari, “Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada”, *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/9-15.

5. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*, p. 77.

3. V. Luisa Torchia, “La nuova costituzione economica”, in Sabino Cassese e Claudio Franchini, *L'Amministrazione Pubblica Italiana*, pp. 137-168.

Tal desiderato envolve, certamente, um Estado desprivatizado⁶ e eficiente, sujeito ao controle político e permeado por mecanismos de deliberação e checagem permanentes por parte da sociedade. Ou seja, envolve um processo de *republicização* que reconfigure um núcleo de poder político a um só tempo transparente (público no sentido de aberto, não-sigiloso) e eficiente na tutela e consagração de interesses públicos. Voltaremos a essas dimensões pouco mais adiante.

5. Antes de enveredar pela análise dessa nova perspectiva de Estado, cumpre abordar como se coloca a crise exógena (decorrente das transformações narradas no capítulo precedente) da noção de interesse público.

IV.3 *A inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular*

6. Lembramos que, a partir da idéia de sua supremacia sobre os interesses privados, o Direito concebe o interesse público como aquele que se contrapõe à perspectiva atomizada dos particulares, razão por que deverá predominar, prevalecer, sobrepor-se, superar os interesses privados. Além disso, o direito preconiza que o interesse público estaria consagrado na lei e que, portanto, seria uno, exclusivo e se contraporá aos interesses privados, estes necessariamente plurais.

À luz de tudo até aqui visto, podemos afirmar que esta concepção não mais se sustenta.⁷

7. Não se pode mais entender por *interesse público* algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa – como interesses não-privados – ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada

6. Usamos o conceito como sendo a depuração do espaço público dos interesses particularísticos (corporativos, grupais, empresariais, burocráticos) que se apropriam de processos internos ao Estado, instrumentalizando-os. Tal fenômeno foi aludido anteriormente neste trabalho. Sobre os processos de “privatização” dos espaços estatais, v. José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 140-150. Cf. também Boaventura de Souza Santos, *O Estado e a Sociedade em Portugal*, pp. 136 e ss. E ainda José Afonso da Silva, “A Constituição e sua revisão”, *Cadernos Liberais IV-XCI/6* e ss.

7. “O estilhaçamento da sociedade civil, cujas partes se afastaram num movimento centrífugo, põe em xeque a própria idéia de pertencer, de comum, que residia no núcleo do conceito de Estado” (José Arthur Giannotti, “O público e o privado”, *Folha de S. Paulo* 6.4.1995, pp. 5-6. O texto consta da coletânea *Saúde no Brasil: Retratos de uma Encruzilhada*, Salvador, Sarah Letras, 1995).

vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje focar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade.⁸

8. A partir dos processos de internacionalização e de fragmentação vistos acima, e de suas conseqüências no colapso do conceito de soberania e na separação público/privado, sucumbe o pressuposto universalizante e homogêneo da sociedade, bem como o caráter monopolista e autoritário do Estado.

Como afirma Norberto Bobbio, “a vida de um Estado Moderno, no qual a sociedade civil é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (Parlamento e Governo) e de execução (o aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante mais do que detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania”.⁹

8.1 A crise da noção de soberania traz a impossibilidade de permanência do caráter autoritário, monopolista e unilateral¹⁰ que o Estado (e, principalmente, seu aparato administrativo) possuía para estabelecer o que vinha a ser, no caso concreto, o interesse público.

8.2 De outro lado, a ruptura da dicotomia público/privado, especialmente a partir da fragmentação social representada por clivagens sociais cada vez mais presentes e prevalecentes, rompe com o caráter homogêneo da sociedade¹¹ (dando novas características coletivas e

8. Essa parece ser a posição professada por Jacques Chevalier, que, introduzindo a discussão em torno da hodierna leitura da relação público/privado, asseverou: “Sans doute, l'intérêt général n'est plus perçu comme opposé aux intérêts particuliers, mais formé à partir d'eux et construit grâce à la médiation des groupes d'intérêts sociaux: mais cette évolution ne signifie pas qu'il ait perdu toute consistance propre: le passage par la sphère publique introduit en effet l'élément d'arbitrage et régulation indispensable, par lequel s'affirme la spécificité du public” (Jacques Chevalier (org.), *Public/Privé*, p. 16). Para um contraponto, v. Jean-Françoise Lachaume, *Grands Services Publics*, 1989.

9. *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., p. 26.

10. Ignacio Carrillo Pietro assim formula as conseqüências da crise da noção de soberania: “En suma: [por decorrência desta crise] preeminencia del pluralismo, de la poliarquía que reconoce y propugna que el proceso de la decisión política sea el resultado de toda una serie de mediaciones. Es la crisis del Estado, incapaz de ser un centro de poder único y autónomo, el sujeto exclusivo de la política, el único protagonista en la escena internacional” (“Algunas teorías actuales de la Teoría del Derecho”, in José Luís Sobranes, *Tendencias Actuales del Derecho*, p. 85).

11. Diz-nos, neste sentido, Pedro de Vega García que: “La imagen de la sociedad como un todo homogêneo donde existen intereses comunes se sustituye por una versión

grupais aos conflitos sociais), enquanto o advento de grupos de interesses elide a exclusividade do Poder Público como tutor do interesse coletivo ou do bem comum.¹²

9. O abalo na noção tradicional de interesse público (monolítica e autoritária) é bem ilustrado pelas situações surgidas com a emergência de um Direito Comunitário. Lastreado nos pressupostos dos blocos econômicos, este Direito faz emergir uma nova noção de interesse público, redefinida à luz do processo de relativização da soberania dos Estados-membros que se sujeitam a algum tipo de ordem jurídica supranacional.

É o que ocorre na Europa, onde, como vimos anteriormente, a Comissão e a Corte de Justiça Europeias, tendo por base os postulados do Tratado de Roma e de Maastricht, constroem uma nova concepção de interesse público, a partir do mercado, “défini comme un optimum économique”.¹³

O público titular deste interesse não mais é visto como um povo territorializado, nem como uma coletividade carecedora de serviços públicos, mas como um conjunto indeterminado e desterritorializado de consumidores, aos quais interessa a plenitude do livre jogo das trocas econômicas.

10. De outra sorte, tampouco pode prevalecer a concepção de interesse público como um princípio totalizante.¹⁴ Simplesmente porque a viabilidade destes princípios vincula-se diretamente à possibilidade

hobbesiana de confrontación y de lucha entre intereses irreconciliables. (...) Se producirá de este modo una paulatina ‘socialización del Estado’ (el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra), a la que acompañará una paralela ‘estatalización de la sociedad’ (la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actualización de voluntades individuales para convertirse en el lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones donde el individuo desaparece)” (“La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social”, *Derecho y Economía en el Estado Social*, p. 123).

12. Como deixava assentado Celso Campilongo, há mais de 10 anos, “a própria noção de ‘bem comum’, vaga e ambígua, perde por completo o seu significado numa sociedade cada vez mais fragmentada por distintos e incompatíveis interesses setoriais” (“A representação política e o Direito Moderno”, *Revista da OAB* 49/103).

13. Antoine Winckler, “Public et privé: l’absence de préjugé”, *Archives de Philosophie du Droit* 41/315.

14. Como bem afirma François Ewald: “The general interest cannot then any longer exist as a totalizing principle, but only as a compounding of particular interests with a respect to each other, bearers thought they all equally be of the general interest” (“A concept of social law”, in Gunther Teubner (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, p. 53).

do discurso centrado na homogeneidade social. Inviável este, impossível se torna a totalização via conceitos abertos. Como ocorre na alopatia, o foco da patologia (no caso, a conflitividade social) torna-se imune à medicação genérica e ampla. A sociedade fragmentada não se coaduna com um enquadramento, mesmo teórico, em um bloco homogêneo, inviabilizando a aplicação dos princípios de pretensão uniformizadora.

Decorre daí que a noção de *homogeneidade do interesse público*¹⁵ tem que dar lugar à idéia de *heterogeneidade de interesses públicos*. Nas palavras de Giannini, “hoje a realidade nos mostra que também os interesses da esfera pública são heterogêneos”.¹⁶

II. Ressalte-se que a constatação da superação da idéia universalizante e singularizante de interesse público não pode significar uma maior tolerância frente aos interesses privados, que se imiscuem e pervertem o funcionamento da máquina pública, favorecendo a indevida apropriação privada dos bens e dos serviços públicos.¹⁷

Tampouco implica minorar a veemência da refutação à atividade ilícita do agente público que se aproveita da sua condição para fazer prevalecer interesse particularístico,¹⁸ em detrimento da coletividade ou mesmo em prejuízo dos interesses de outros eventuais particulares, menos agraciados pelo interesse ou simpatia de dado gestor. Não. Tais procedimentos, hoje mais do que nunca, devem merecer a repulsa e a censura de todo o corpo social.

O que ora se afirma é exatamente o contrário. Significa apenas que o interesse público não pode mais subsistir (nem na prática política, nem na formulação doutrinária) de forma absoluta e autoritária, justamente para evitar que ele se transforme em “mera aparência, com que muitas vezes se busca um excesso ou um desvio de poder”.¹⁹

15. Acerca do caráter homogeneizante da noção tradicional de interesse público, v. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 180.

16. *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 111.

17. V., neste sentido, Luiz Carlos Bresser Pereira, *Cidadania e “Res Publica”: a Emergência dos Direitos Públicos*, p. 22.

18. Como a esta altura já deve ter ficado cediço, preferimos usar o termo “interesses particularísticos” para distinguir os interesses privados – os quais podem ser, muita vez, legítimos – dos interesses particulares, de nenhuma conotação coletiva, restritos aos designios dos agentes privados e referentes mormente à apropriação patrimonialista de bens ou direitos gerais de uma coletividade, ou seja, interesses desprovidos de qualquer legitimidade.

19. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, p. 245.

12. Ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos, de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos. Os interesses públicos – adverte Pizzorusso – nada mais são que finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos; em sociedades pluralistas, como a que vivemos, há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nela coexistentes.²⁰

13. Em estudo monográfico precioso, o publicista português Luís Filipe Colaço Antunes registra que “não existe um interesse público, mas uma pluralidade de interesses públicos”, de forma que “quase podíamos afirmar que nunca o interesse público foi tão privado, em consequência dos modelos de concertação social, impostos atualmente pela administração contratual”.²¹

Tem-se hoje que reconhecer um largo e crescente campo em que o atendimento dos interesses dos particulares nada mais é do que a consagração do interesse público. “De tal forma que o mundo dos interesses de que são portadores os sujeitos públicos se mostra idêntico ao mundo dos interesses de que são portadores os sujeitos privados.”²²

14. É bem verdade que a identificação do interesse público com o interesse de particulares não é propriamente nova.²³

14.1 Resta assentada, por exemplo, a tese de que a indevida apropriação de bens do particular pelo Estado, antes de ser corolário do interesse coletivo, implica cabal afronta dos interesses tutelados pelo Poder Público. Assim é que de há muito se limitou o poder expropriatório do Estado (mesmo que tal poder visasse à ampliação do patrimônio público) e se impôs o dever de indenizar o particular expropriado em montante correspondente ao efetivo valor de mercado do bem (ainda que isso acarrete transferência de recursos públicos para o particular indenizado previamente à reversão do bem à coletividade).

14.2 Diversamente não ocorre no que tange aos contratos administrativos e no dever da Administração de cumprir as cláusulas econômicas (preço, prazo de pagamento, condições de atualização monetária etc.) dos contratos que firma com particulares. Neste sentido, vale a sempre contundente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Aliás,

20. “Interesse pubblico e interessi pubblici”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, março de 1972, p. 72.

21. *A Tutela...*, p. 36.

22. M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 111.

23. V. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, p. 241.

a impossibilidade de o Poder Público locupletar-se à custa alheia é tão veemente que os autores, invocando diferentes fundamentos para prevenir ou reprimir este evento teratológico, salientam o dever de indenizar até em casos de contratos nulos ou inexistentes”.²⁴

15. Porém, em que pese a desconfirmar o caráter autônomo do interesse público frente ao interesse dos particulares, tais situações poderiam ser bem processadas a partir da clássica separação entre as manifestações do interesse público primário em detrimento de interesses públicos secundários, conforme a construção doutrinária de Renato Alessi antes tratada. A questão parece-nos não ser esta.

15.1 O que ora se coloca é a dificuldade de operação da noção de interesse público em contextos em que há oposição de interesses particulares legítimos e para os quais não oferece a lei caminho firme e seguro. É o caso, por exemplo, da aplicação do disposto no art. 5º da Lei federal n. 8.666, de 1993 (Estatuto das Licitações e Contratos).²⁵ Tal dispositivo, de caráter evidentemente moralizador, determina que todos os pagamentos decorrentes de obrigações contratuais de parte da Administração Pública deverão observar “a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades”, ressaltando, contudo, “relevantes razões de interesse público”, as quais deverão estar devidamente justificadas.

O problema coloca-se quando, diante da inexistência de recursos para a Administração efetuar os pagamentos ou para efetivar investimentos, surge a possibilidade de retomada de uma obra específica, mediante redução de preços e retomada dos pagamentos. Difícil não é entrever interesse público na retomada do cometimento e na redução dos dispêndios. Porém, extremamente complexa é a operação do conceito de interesse público concernente à escolha desta e não daquela obra a ser retomada. Conseqüentemente, nos quadrantes do exemplo cogitado, coloca-se extremamente problemática a noção de interesse público de forma singular e desidentificada do interesse dos particulares, em especial daqueles diretamente beneficiados pela retomada da execução de um contrato específico (v.g., o particular contratado e os cidadãos que se beneficiarão direta e imediatamente da obra).

24. “Contrato Administrativo – Equilíbrio financeiro – Indenização”, *RDA* 177/125.

25. A esse respeito, v. Floriano de Azevedo Marques Neto e outros, *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*, pp. 165 e ss. No mesmo sentido, v. Jacintho Arruda Câmara, *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, 1999.

Temos claro que atender a Administração Pública – com eficiência²⁶ e diligência – a um interesse legítimo de particular, tendo por móvel as imposições ou princípios de ordem administrativa, não implica conduta que hoje possa ser inquinada de reprovável pelo moderno Direito Administrativo. Afinal, como pretendemos demonstrar, o atendimento do interesse privado (mormente quando este se reveste de caráter meta-individual), hodiernamente, é, no mais das vezes, forma única de consagração do interesse público.

A questão central parece ser a da efetivação de um interesse público primário em detrimento de outro interesse público, também primário.

15.2 É o que se põe, por exemplo, quando o Poder Público se depara com a necessidade de decidir sobre a adoção de medidas que preservem um determinado ecossistema ou se promova o assentamento de famílias de agricultores para que, explorando aquela área, dela retirem seu sustento. Em ambos os casos seria sustentável a existência de interesse público primário. Nas duas situações pode-se aferir legitimidade nos postulados. Pode-se, por fim, facilmente cogitar uma hipótese-limite em que haja exclusão nas medidas plausíveis. Então, ainda que a hipótese não nos remeta a uma aporia, o que fica patente é que a simples alusão autoritária à defesa do interesse público para justificar uma ou outra decisão se põe absolutamente inviável.²⁷

26. Pressuposto que restou ainda mais reforçado pela introdução no rol de princípios constitucionais da Administração Pública do *princípio da eficiência*, por força da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional 19 ao *caput* do art. 37 da Constituição da República.

27. Em trabalho publicado há alguns anos (“O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 10/40-45) abordamos esta questão sobre o prisma da oposição entre princípios constitucionais. À época analisávamos a cada vez mais freqüente colisão entre pautas constitucionalmente consagradas em face de situações que, como aquela ora utilizada como exemplo, opõem interesses albergados na axiologia constitucional. Na oportunidade defendíamos (com base no ensino de Canotilho e Alexy) que tais conflitos deveriam ser superados a partir da aferição da densidade de cada princípio (ou direito a ele correspondente) em face da situação concreta. Para fins do que ora desenvolvemos, interessa menos o critério para solução destas situações e mais o fato de que, diante de conflitos-limite como estes, é descabida a posição autoritária do ente incumbido do poder de decisão. Daí por que – dizia – a imperatividade da mediação ativa. Só assim pode-se arbitrar, no caso, qual o valor que deva ser privilegiado porquanto, nesse momento, mais relevante para a ordem jurídica. V. também, neste sentido: Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 1989; e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., 2002.

16. Portanto, o ponto nuclear diz respeito, diretamente, à questão do poder de decidir acerca do que seja o interesse público primário no caso concreto (mormente em situações-limite) quando para tanto muito não serve a genérica prescrição legal.

E aqui reportamo-nos àquilo que já deixamos registrado anteriormente. A clara e direta identificação entre interesse público (primário) e a norma positivada (em sede constitucional ou ordinária) não mais é possível, pois as transformações acima divisadas acarretam (a) uma crescente generalidade nas normas, de modo que delas não advém claramente qual o interesse público objeto do comando legislativo, e (b) o reflexo da fragmentação social na produção legislativa faz com que, muita vez, o ordenamento jurídico reflita interesses colidentes, consagrando perspectiva contraditória, como se interesse público primário fosse.

Sendo assim, a lei não se mostra suficiente para a identificação do interesse público que prevaleceria sobre todos os demais (quer os interesses privados, quer mesmo os interesses públicos tidos por secundários, ainda segundo a aceção formulada por Alessi).

17. Faz-se extremamente pertinente a advertência de Giorgio Piva, segundo quem na sociedade monista (previamente ao Estado *pluriclassista*) o interesse determinante vinha previsto na lei a partir do comando político emanado das estruturas representativas. Já na sociedade pluralista impende, “antes de poder declará-lo, encontrá-lo”.²⁸ Este processo de encontro (ou – parece-nos melhor – de procura) do interesse público põe-se dificultoso.

A identificação do interesse público prevalecente passa a depender mais e mais do exercício da discricionariedade.²⁹ Como asseverou, desde há muito, Giannini, “o momento essencial da discricionariedade é aquele no qual se individualizam e confrontam os vários interesses concorrentes”.³⁰

28. Giorgio Piva, “L’amministratore pubblico nella società pluralista”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2ª, p. 499.

29. Outro doutrinador italiano, Franco Bassi, expõe com clareza este raciocínio ao afirmar que “dovrebbe risultare chiaro che nel rispetto del limite positivo sopra evidenziato l’autorità amministrativa conserva pur sempre un margine di libertà nella formulazione dei giudizi valutativi e compatrati e soprattutto nella scelta finale, compresa la determinazione del suo contenuto. E in ciò consiste la creatività della discricionariedade amministrativa” (“Note sulla discricionariedade amministrativa”, in Sandro Amorosino, *Le Trasformazione del Diritto Amministrativo*, p. 53).

30. *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, p. 75.

18. Ora, a idéia de que o interesse público seria aquele prescrito na lei acarretava, necessariamente, a idéia de existência de um – e apenas um – interesse público primário. Porém, ocorre que – conforme leciona Alessandro Pizzorusso – “o que se encontra na vida real são os múltiplos e diversos interesses públicos, enquanto o interesse público no singular é apenas uma *locutio brevis* para indicar qual o interesse público em si dentre aqueles que será aquele que deva ser consagrado no caso concreto”.

19. Não mais podendo ser sustentada a existência de um interesse público (prescrito em lei ou identificado pela burocracia), não há mais como aceitar a tese de oposição e supremacia absoluta deste interesse geral frente aos diversos interesses encontrados na sociedade – interesses, estes, que, inclusive, acabam por estar refletidos, a partir de locuções genéricas ou de cláusulas abertas (conforme expusemos no Capítulo II), na lei ou mesmo na Constituição.

Em outras palavras: as transformações havidas na sociedade e no Estado contemporâneos põem em xeque a concepção clássica de prevalência absoluta e indesviável do Estado sobre a sociedade; da Administração sobre o administrado; do público sobre o privado.

20. Não mais prevalecendo tais concepções, perde sentido a noção universal, absoluta, singular, de interesse público, definido unilateral e autoritariamente pelo Estado (quer por meio da lei, quer, mais posteriormente, por meio do aparato burocrático no exercício da sua crescente margem de discricionariedade).³¹

Como afirma José Eduardo Faria, sem uma avaliação qualitativa dos legítimos interesses individuais por parte do Estado não há, hoje, como se obter uma definição, no caso concreto, do que seja (ou, diríamos, de onde resida) o interesse público.³²

31. Assinala Montaner que “los intereses públicos van a permitir cierta composición de intereses generales y privados” – composição, essa, que constitui “una nueva visión del Derecho Administrativo bajo un prisma nuevo, resultado de la potenciación de los derechos subjetivos de los ciudadanos, especialmente de los de participación ciudadana, en sentido amplio, en el ejercicio de la actividad administrativa. De esta participación no resulta una merma de los intereses públicos, ya que éstos no se pueden considerar necesariamente contrapuestos a los intereses privados en juego. De ahí que el concepto mismo de interés público haya dado cabida a esa composición de intereses y públicos en los términos y con los límites que la ley establece en cada caso” (*Manual de Derecho Administrativo*, 8ª ed., p. 45).

32. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 71-72. No mesmo sentido, v. Colaço Antunes, *A Tutela...*, p. 38.

Parece-nos claro que é imperativa a revisão do conceito de interesse público justamente para que não se abandone a idéia que lhe subjaz. Concordamos, assim, com as quase-panfletárias palavras de Antônio Herman Benjamin: “Uma vez que estejamos atentos às observações críticas acima feitas, não creio que o interesse público, como categoria jurídica dotada de papel e conseqüências no ordenamento, precise ou deva ser abandonado; reformado e repensado sim; descartado, não”.³³ A reforma da noção de interesse público passa, porém, pela modificação do modo pelo qual o poder político e o aparato administrativo lidam com ela.

IV.4 A Administração Pública frente a uma nova visão dos “interesses públicos”

21. Temos posto que a Administração não é mais *tutora exclusiva do interesse público*, cuja supremacia sobre seu anverso (os interesses privados) conferia-lhe prerrogativas exorbitantes exercidas de forma autoritária.

Diante da multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, parece-nos não mais possível à Administração exercer o papel de hermeneuta autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e de sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade.

Como assevera Habermas, em sua mais recente obra, “a barreira que se punha entre a esfera estatal da ‘realização do bem comum’ e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da Constituição”.³⁴

Assim, parece razoável que o Poder Público migre de uma estruturação piramidal para uma nova configuração, em que os poderes são ordenados como uma rede, articulada com os entes sociais.³⁵

33. “A insurreição na Aldeia Global”, in Édis Milaré (org.), *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Dez Anos Depois*, p. 90.

34. *Direito e Democracia...*, v. II, p. 211.

35. “I poteri pubblici, una volta ordinati come una piramide, sono ora ordinati come una rete” (cf. Sabino Cassese, “L’organizzazione amministrativa”, *Rivista Tri-*

22. Devemos concordar que ela exerça uma “adequada intercomunicação” com os atores sociais para bem exercer as finalidades públicas que justificam sua existência.³⁶

Entre nós, Odete Medauar bem divisoou este processo, dando contornos bastante claros àquilo que ora afirmamos. Diz a doutrinadora: “A atividade de consenso/negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração”.³⁷

Na seqüência enfrenta o ponto central da mudança do papel da Administração à luz das mudanças ora postas, ou seja, a transformação do aparato administrativo de *intérprete autoritário do interesse público para mediador de interesses públicos*.

Diz a professora que a Administração deixa de deter a “exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação”.³⁸

23. Ora, como vimos, a noção universal, absoluta e singular do interesse público é central na construção daquilo que chamávamos do *paradigma de Direito Administrativo Moderno*. Não mais podendo fazer uso de uma concepção tão única e absoluta quanto genérica e abstrata de interesse público, nem mais sendo o exclusivo veículo de estabelecimento do que seja tal interesse, não pode tal paradigma restar incólume. E sua reformulação passa por uma nova relação da Administração com o interesse público.

mestralle di Diritto Pubblico II/382). Neste sentido, parece-nos que a posição de Casese se aproxima bastante daquela exposta por Teubner com relação aos grupos empresariais (cf. *O Direito como Sistema Autopoiético*, pp. 292 e ss.).

36. Cf. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “Reflections on the reform and modernization of the Public Administration”, *Revista Trimestral de Diritto Pubblico* 3/522.

37. *O Direito Administrativo...*, p. 202.

38. *Idem*, p. 202.

Como sublinha Miguel Sanchez Moron, “a nova realidade que aqui interessa captar é o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais de tipo diverso, tanto por seu conteúdo como por sua estrutura. (...) Isso significa que não se pode continuar cimentando a teoria publicista no interesse direto e individualizado. Hoje em dia os ordenamentos jurídicos outorgam relevância prática a outros tipos de interesses sociais, catalogados pela doutrina como interesses difusos e coletivos. Assim mesmo significa que o interesse público não é um conceito de conteúdo unitário, monolítico, generalizado, como nascera”.³⁹ No raciocínio de Moron encontra-se, no nosso sentir, a senha para uma nova abordagem da noção de interesse público.

24. Por certo o processo de revisão da noção de interesse público, para além das linhas de desconstrução da noção tradicional acima traçada, demandará um esforço teórico longo. Porém, tomando como ponto de partida a reflexão que se tem feito no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado, parece-nos já possível vislumbrar algumas trilhas para essa nova concepção.

25. Norbert Reich, em texto em que discute os impactos da “pós-Modernidade na teoria jurídica” e seus reflexos no Direito Econômico,⁴⁰ após apresentar criticamente as formulações teóricas de Gunter Teubner e de Ulrich Beck, oferece-nos uma importante trilha para a reformulação da noção do interesse público. Detecta ele a existência de um conflito entre duas ordens de interesse que se embatem pela “alocação e distribuição de riqueza econômica e de recursos”.

Segundo Reich esta contradição oporia “interesses especiais” a “interesses difusos”.⁴¹

39. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, p. 113.

40. “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-Modernidade na teoria jurídica)”, *RDP* 94/265-282. Os parágrafos seguintes apóiam-se fundamentalmente nesse texto.

41. De forma semelhante, ainda que se utilizando de conceitos diferentes, L. F. Colaço Antunes também divisa estas duas ordens de interesses. O autor português separa os *interesses pluriindividuais gerais de natureza pública* (v.g., os interesses difusos de Reich) dos *interesses coletivos de natureza sócio-profissional* (v.g., interesses especiais). Quanto àqueles prenota terem natureza jurídica “público-difusa”, enquanto estes últimos teriam natureza “público-coletiva”. A partir desta separação teórica estabelece uma interessante reflexão, afirmando que os interesses “público-difusos” constituiriam uma forma de Democracia direta, enquanto que os “público-coletivos” implicariam formas de Democracia indireta, mediada pela representação de grupos sociais (L. F. Colaço Antunes, *A Tutela...*, p. 66).

Os especiais seriam aqueles “evidenciados por atores sociais que estão bem organizados”, representados por “negócios, grupos de pressão ou pela burocracia”, e se aglutinam em virtude da percepção dos ganhos e perdas que podem obter em virtude de alterações no *status quo* institucional.⁴²

Já os interesses difusos – segundo Reich – seriam “aqueles que têm o caráter de um bem público” e que, portanto, “dizem respeito à qualidade de vida global”. Segundo Sanchez Moron, “el interés difuso se estructura como un interés perteneciente a todos y a cada uno de los componentes de la pluralidad indeterminada de que lo se trate”.⁴³

Estas duas ordens de interesses seriam transindividuais. No entanto, os interesses especiais seriam, em regra, devidamente sustentados e aglutinados em sede de grupos de interesse. Já os interesses difusos, em que pese a muitas vezes serem encampados por movimentos sociais, *podem apenas em alguma medida ser organizados em grupos de pressão*.

Reich sustenta que no *Welfare State* o Poder Público teria assumido *funções protetivas* dos interesses difusos, “em virtude do seu caráter de bem público”. Contudo – sustenta –, restou provado que o governo cumprirá esta tarefa “apenas de forma reducionista, simbólica, pelo menos na medida em que esses interesses difusos estejam em oposição a alguns ‘interesses especiais’ de negócios, de grupos de pressão ou da burocracia”.

26. No nosso ponto de vista, a classificação de Reich é extremamente feliz.⁴⁴ Entendemos que, hoje, ambas as classes de interesses

42. Mario Nigro caminha em semelhante linha, sustentando que tais interesses, tratados como coletivos, referir-se-iam a comunidades unificadas, mais ou menos determináveis no tocante aos seus componentes. Seriam, pois, interesses perseguíveis de maneira unificada, na medida em que seriam identificáveis as características e aspirações comuns dos seus titulares (*Giustizia Amministrativa*, 1983).

43. *La Participación del Ciudadano...*, p. 117.

44. Em que pese a adotarmos a classificação de Norbert Reich, o raciocínio que doravante acoplamos à sua tipologia dos interesses não lhe pode ser integralmente imputado. O autor alemão deriva sua linha de análise predominantemente por uma linha de oposição entre interesses difusos e interesses especiais, chegando a afirmar que este hoje é o conflito principal nas sociedades modernas, substituindo o clássico conflito de classes (“Intervenção do Estado na Economia...”, *RDP* 94/276). Afirma ainda que a única forma de viabilização da proteção de *interesses difusos* é sua adoção por *gestores autoneameados (trustees)*. A construção que tentamos fazer neste trabalho não desconsidera os desdobramentos da análise de Reich. Porém, no que aqui releva, preocupamo-nos imaginar uma modelagem de poder político que torne viáveis as condições

transindividuais (especiais e difusos) devem ser entendidas como interesses públicos.⁴⁵

26.1 Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos.⁴⁶ A partir do momento em que se revelem transcendentais aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser *interesses públicos consideráveis*, devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais.

26.2 Será, porém, nos interesses difusos que mais relevante se põe o exercício do poder político. Efetivamente, na tutela desta classe de interesses públicos é que reside a principal razão de ser do poder político numa perspectiva hodierna. A principal parcela de interesses

protetivas e afirmativas dos *interesses difusos* sem, com isso, imaginar a necessidade da erradicação, colisão ou oposição permanente com os *interesses especiais*. O que se imagina é a permanente conflitividade entre estas duas ordens de interesses transindividuais – conflitividade que incumbirá ao poder político mediar e arbitrar (prospectiva e afirmativamente) em cada caso concreto.

45. Outras classificações decorrentes da constatação da inviabilidade teórica da concepção singular e homogênea do interesse público poderiam ser cogitadas. Assim ocorre com a divisão em interesses públicos de *caráter geral* (aqueles em que se identificam os órgãos cuja função é a direção política da comunidade) e de *caráter setorial*, de que nos fala Massimo Giannini (*Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 113); ou entre interesses públicos *globais* ou *pontuais*, conforme também formula Giannini (idem, v. 2, p. 114), e que, segundo a tradução de Moron (*La Participación del Ciudadano...*), se daria a partir da circunstância de o Poder Público cuidar de um interesse integralmente (global) ou compartilhar dessa tutela com outros sujeitos portadores desses interesses (pontuais). Contudo, para o enfoque do presente trabalho, o corte analítico a partir da abordagem que nos oferece Reich parece-nos mais adequado, porquanto deixa claro o aspecto político enredado em torno dos interesses públicos.

46. Fernando Herren Fernandes Aguillar, conhecedor da obra de Reich (traduziu para o Português o trabalho sobre o qual ora nos apoiamos), ilustra bastante bem a relação entre os interesses especiais e a necessidade de seu reconhecimento por parte do poder político. Diz ele que “a especialização dos interesses se dá de tal forma, e com tamanha intensidade, que negligenciar os aspectos corporativistas das reivindicações sociais é, para dizer o menos, fechar os olhos para a realidade. Vivemos a era do corporativismo, da fragmentação, da especialização e do individualismo. Mas, ao contrário do que se deu há cerca de 200 anos, não se reprime mais o ente intermediário entre o Estado e o indivíduo” (*Control Social de Servicios Públicos*, p. 56).

públicos que demanda a atuação efetiva do poder político cinge-se à tutela dos interesses difusos dotados de hipossuficiência.

Dito de outro modo, a permanência do Estado é imprescindível justamente para assegurar o não-aniquilamento dos interesses dos indivíduos excluídos dos grupos de interesse ou ainda aqueles interesses que não encontrem respaldo em algum *interesse especial* de que trata Reich.

Calha aqui à perfeição o escólio de Luís Filipe Colaço Antunes, segundo quem “os interesses difusos devem ser considerados interesses públicos primários ou secundários, segundo seleção e ponderação dos interesses primários co-envolvidos. De resto, se o interesse difuso não é mais do que uma espécie do *gens* interesse público, isto quer dizer que o interesse público como entidade única não existe mais (...) existindo, na realidade, como consequência dos confrontos e dos conflitos entre interesses particulares, públicos e coletivos, o interesse público concreto”.⁴⁷

Destaque-se que não estamos, aqui, utilizando a expressão no sentido que os *interesses difusos* têm para os processualistas. Sem dela divergir, recorreremos ao conceito a partir da aceção sociológica conferida por Norbert Reich e acima divisada. Assim, importam-nos menos a abrangência e a transcendência destes direitos, e mais a inexistência de um titular, individual ou coletivo, identificável no jogo social como suficientemente capaz de dotar de *especialidade* (v.g., capacidade de oferecer *inputs* ao sistema político ou jurídico).

27. Acrescente-se que a concepção de interesses públicos, integrada por interesses especiais e por interesses difusos, traz subjacente a idéia de desterritorialização deste plexo de interesses. Tanto os interesses transindividuais de grupos como aqueles dispersos por toda a coletividade não podem mais ser identificados com um âmbito de abrangência territorial. Envolve demandas e interesses que transcendem os limites de um dado território nacional.

Os interesses especiais acima referidos muita vez refletirão potencialidades coletivas que, a par de envolverem grupos ou indivíduos internos a um respectivo território, se articulam com interesses supranacionais.

Do mesmo modo – e principalmente –, em sede de *interesses públicos difusos* raro será que tais interesses se restrinjam a uma coleti-

47. *A Tutela...*, p. 38.

vidade nacional específica. Mesmo pautas como o desenvolvimento local ou a erradicação da miséria podem estar imbricadas a interesses ou provocações externas a um dado território nacional. Veja-se, neste sentido, como se colocam os interesses preservacionistas de comunidades indígenas, os quais, em regra, acabam sendo encampados e difundidos por movimentos supranacionais que somente tomam vulto no país do conflito após alçar alguma repercussão externa. E, de todo modo, o caráter difuso destes interesses é mesmo incompatível com sua alocação territorial.

Temos, portanto, um outro viés relevante a ser tomado em conta na formulação de uma nova noção de interesse público. Não se pode mais trabalhar com tal conceito identificando-o a um dado território. A perspectiva contemporânea do interesse público deve considerar um plexo de múltiplos interesses (*especiais e difusos*) titularizados por grupos ou indivíduos pertencentes não a uma sociedade territorialmente situada, mas a uma sociedade desterritorializada – ou, se quisermos, a uma *sociedade global*.⁴⁸

28. A razão de ser do Estado não pode ser reduzida a um mero árbitro de *interesses especiais* representados por grupos de interesse. Tampouco pode se furtar a exercer este papel de mediador e de articulador destes interesses, que, como dissemos, têm caráter transindividual, natureza social e alçada pública. Contudo, não se pode admitir que sejam excluídos do plexo de interesses públicos justamente os interesses difusos (não titularizados nem coletivamente). Fazê-lo seria a supressão do poder político.

29. Daí a necessidade de uma postura de *mediador ativo* por parte do poder político. Este papel não o coloca como mero garantidor de interesses públicos ou tutor de interesses difusos enquanto tais. Impõe uma posição de implementador, de efetivador destes interesses. “O conteúdo da atividade pública resulta da combinação, distinta em cada caso, sujeita às variações políticas, aos câmbios na relação de forças, dos distintos interesses que emergem em um determinado momento e lugar. As instituições públicas realizam um papel de mediação destes

48. Aproximamo-nos neste sentido – sem que isso represente uma adesão à teoria sistêmica – da concepção de sociedade exposta por Niklas Luhmann, segundo quem os limites da sociedade não são territoriais, mas sim ditados pelos limites da comunicação. Neste sentido, v. Giancarlo Corsi, Elena Esposito e Claudio Baraldi, *Luhmann in Glossario*, p. 215. V. também Celso Fernandes Campilongo, “Teoria do Direito e globalização econômica”, in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.), *Di- reito Global*, p. 85.

interesses. Porém, dada sua transcendência atual, tampouco são um simples árbitro que se limite a refletir com exatidão as oscilações na balança dos interesses privados."⁴⁹

Destarte, para além de articular, sempre na perseguição de algum interesse público, os interesses especiais, impende ao poder político (i) mediar os conflitos entre uma e outra classe de interesses públicos, agindo positivamente na afirmação dos interesses difusos; (ii) atuar, a partir de pautas políticas, no sentido de implementar direitos difusos, ainda que estes não sejam canalizados por meio de grupos ou processos específicos de pressão;⁵⁰ e (iii) cumprir estas duas dimensões respeitando, de toda sorte, os direitos individuais.

30. É certo que avaliação e o sopesamento destes interesses públicos não se fazem possíveis a partir de critérios formais. Os critérios materiais, ainda que aplicáveis, não podem ser tomados como exclusivos neste sentido.

O que se coloca, para nós, é que a ação do Estado, enquanto poder decisório confrontado com múltiplos interesses (focos de pressão), a um só tempo, deverá ter em conta critérios que sejam permeáveis aos diversos *inputs* de interesses especiais, mas que possa filtrar, politicamente, tais interesses de modo a integrar e proteger os interesses hipossuficientes.⁵¹ Como assinala Reich, "para que se viabilize a pro-

49. Miguel Sanchez Moron, *La Participación del Ciudadano...*, pp. 31-32 (grifos nossos).

50. Almiro do Couto e Silva bem ilustra estas duas perspectivas: "O ato administrativo que beneficia alguém pode prejudicar outra pessoa ou pessoas. A licença para instalação e funcionamento de uma fábrica não estabelece relação de Direito Administrativo apenas entre a entidade pública que outorga a licença e o particular que a obtém. A instalação e o funcionamento da fábrica podem vir a prejudicar muitas outras pessoas, que terão interesse jurídico em impugnar a licença, se for o caso. Do mesmo modo, o contrato para construção de uma obra pública pode causar impacto ambiental, gerando o interesse de outras pessoas em discutir a matéria ou em contrapor-se às decisões do Poder Público (...)" ("O indivíduo e o Estado na realização de tarefas públicas", *RDA* 209/70).

51. Inobstante conhecermos as possíveis críticas quanto à ingenuidade ou ao idealismo da perspectiva de *Direito Responsivo* (cf. Celso Campilongo, *Direito e Democracia*, pp. 62-63), não deixa de ser verdade que nos aproximamos, aqui, das formulações de Philippe Nonet e de Philip Selznick (*Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 1978), na medida em que postuláramos uma certa mediação/composição de interesses públicos *filtrada* a partir de critérios políticos (intenções sociais afirmativas) de sopesamento e seletividade. Destarte, a tendência que adiante exporemos de um Direito Administrativo fortemente regulador identifica-se com a perspectiva de uma *clarificação do interesse público* lastreada em uma nova perspectiva de autoridade. Contudo, a construção ora desenvolvida não prima pela preocupação com sua ade-

teção dos interesses difusos no discurso político, eles devem ser assumidos por alguma espécie de gestores (*trustees*) automeados".⁵²

31. Portanto, a partir da falência da noção de interesse público fundante do paradigma do Direito Administrativo que conhecemos, passa a ser necessário o estudo, com algum distanciamento, das formas de se compor os diversos interesses (transindividuais) que convivem na sociedade a partir de critérios de relevância sempre dependentes de uma avaliação conjuntural.

Lembramos que a articulação desta noção de interesse público com o paradigma se revela nos dois princípios centrais do regime jurídico-administrativo: a *supremacia do interesse público* e a *indisponibilidade* deste. Sem que tais pressupostos sejam abandonados, cumpre colocá-los à luz das novas perspectivas.

31.1 O princípio da *supremacia do interesse público*, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da *prevalência dos interesses públicos* e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

31.2 Já o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos *interesses públicos difusos* – o que importa dizer: no exercício da função administrativa o agente público não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficientes.

32. Parece-nos fora de dúvida que, diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública. Porém, as instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis a esta *esfera pública redelineada* são bastante diversos daqueles tradicionalmente disponíveis no âmbito do Estado tradicional. E nisso não pode ser entrevista qualquer nuança de sucumbência ou prescindibilidade do Estado.

quação a qualquer teoria social do Direito, em que pese, contudo, a não estarmos a desconsiderá-las.

52. "Intervenção do Estado...", *RDP* 94/277.

33. Tome-se um exemplo específico, com o qual mais adiante nos deteremos. A retirada do Estado da prestação – execução efetiva – de alguns serviços públicos trespassados a particulares mediante o estabelecimento de parcerias⁵³ ou a outorga de concessões,⁵⁴ permissões ou mesmo por meio de autorizações para exploração destes, antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa a necessidade de fortalecimento da atuação pública.⁵⁵ Nos dizeres de Sabino Cassese, “o fato de o governo central se liberar de uma parte da sua atividade reforça aquelas atividades que remanescem”, tornando necessário um “governo central capaz de decisões igualmente radicais”.⁵⁶

Ao contrário dos que encaram privatização e desregulação como sinônimos, entendemos que à diminuição das áreas de atuação estatal

53. A esse respeito, no âmbito do Direito Brasileiro, v., entre tantos: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 1996, e “O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos”, *Boletim de Direito Administrativo* 9/536-590; Diogo Figueiredo Moreira Neto, “O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos”, *Boletim de Direito Administrativo* 2/76-81; Juarez Freitas, “O sistema de parceria entre os setores público e privado”, *Boletim de Direito Administrativo* 5/327-330; Ernesto Jeger, “Parcerias público/privado”, *Revista do Serviço Público* 120/165-180, n. 1. V. também, ainda que sob um enfoque não-jurídico: J. G. Heilman e D. J. Watson, “Publicization, privatization, syntesis, tradition: options for public/private configuration”, *International Journal of Public Administration* 16/107-137, n. 1; e Giuseppe Vaca, “Estado e mercado, público e privado”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 24/151-164.

54. Na bibliografia brasileira recente, v., dentre outros: Arnoldo Wald e outros, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, 1996; Benedicto Pereira Porto Neto, *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95*, 1998; Marçal Justen Filho, *Concessões de Serviços Públicos*, 1997; Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Licitação para Concessão de Serviço Público*, 1995; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviços Públicos no Direito Brasileiro*, 1996; Edmir Netto de Araújo, “A nova Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/99-114.

55. “Todavia, a constatação de que a atividade econômica deve estar no setor privado não nos afasta de exigir que esta atividade privada, sobretudo quando atue no espaço público, seja amplamente regulada e fiscalizada por agências públicas e independentes (...) é preciso que o Estado esteja aparelhado para fiscalizar, porque nada garante que as estradas que são exploradas privadamente, ou a telefonia que é explorada privadamente, vão ser eficientes ou comprometidas com o interesse público (...). Então, a criação de órgãos reguladores e fiscalizadores e independentes é um passo indispensável” (Luís Roberto Barroso, “A intervenção do Estado no domínio econômico”, *Boletim de Direito Administrativo* 8/515).

56. *Tendenze Recenti della Riforma Amministrativa in Europa*, p. 182.

(mediante transferência da execução de misteres públicos a particulares) deve corresponder um reforço no papel regulatório por parte do poder político.

Enquanto o Estado intervinha diretamente no mundo econômico, chamando para si as tarefas de executar atividades tidas como de interesse geral, fazia-se prescindível (ou, mesmo, desinteressante) a existência de um arcabouço regulamentador do exercício desta atividade, incluindo aí os interesses difusos dos tomadores do serviço executado pelo ente estatal.

Porém, quando a execução de dado cometimento é transferida para um particular torna-se imprescindível a edição de um claro aparato regulatório,⁵⁷ sob pena de abandono dos interesses públicos difusos dos que necessitam fruir destas comodidades. Daí por que Vital Moreira assevera que “as políticas de privatização obrigaram em muitos casos uma densificação da regulação”.⁵⁸

Assim, o mesmo Estado que deixa de explorar monopolisticamente⁵⁹ um serviço público passa a ter que regular a prestação deste serviço.⁶⁰

Se bem é verdade que o Estado não mais presta determinado serviço público, não menos verdadeira é a relevância de sua atividade no controle da qualidade do serviço prestado, na fiscalização e preservação das suas cláusulas de ampliação, de sua universalização e de atendimento dos princípios a ele correlatos (especialmente os princípios da universalidade, atualidade, modicidade da tarifa e continuidade da prestação), bem como no arbitramento entre a perspectiva econômica do concessionário e os *interesses públicos difusos* (v.g., o dos usuários

57. Cf. Ramón Martín Mateo, “La crisis del servicio público”, in J. C. Atienza e M. A. Garcia Herrera, *Derecho y Economía en el Estado Social*, pp. 137-158.

58. *Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*, p. 43.

59. Acerca da superação da idéia de que a eleição de uma dada atividade como serviço público ou sua prestação em regime público importariam necessariamente sua exploração em regime de monopólio, v. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reestruturação do setor postal brasileiro”, *RTDP* 19/149-169. V. também Sabino Cassese, *La Nuova Costituzione Economica*, pp. 71-90. Para uma reflexão a partir de pressupostos um pouco diversos, mas que se aproxima das mesmas conclusões no sentido de existência de um *serviço público não-privativo*, v. Sebastião B. B. Tojal, “Natureza jurídica do serviço funerário”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* 64/38-45.

60. Cf. Juan Miguel de la Cuétera Martínez, “Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa”, in Gaspar Ariño Ortiz e outros, *El Nuevo Servicio Público*, pp. 57-105.

do serviço e mesmo da coletividade genericamente tomada, por exemplo, como titular dos bens afetos à concessão, os quais são propriedade de toda a coletividade, porquanto reversíveis ao final da concessão).

Neste quadro, cumpre ao Poder Público, ao mesmo tempo em que arbitra interesses entre prestadores de um serviço ou entre grandes usuários e prestadores (*interesses públicos especiais*), tutelar e promover o interesse dos usuários e, principalmente, daqueles que sequer são usuários, porquanto não têm acesso aos serviços (*interesses públicos difusos*).

Também parece certo que, opondo-se interesses especiais ou confrontando-se estes com interesses difusos, cumprirá ao poder político pender para estes últimos, tomando em conta a relevância de sua hipossuficiência.

34. Destarte, parece-nos óbvio que o modelamento do Estado nesta conjuntura será bastante diverso daquele forjado tanto para um Estado *gendarme* como para um Estado prestador dos serviços. Este novo Estado não passa por um processo de redução, esvaziamento ou supressão. Muito ao contrário, carece de um fortalecimento.⁶¹ Esse fortalecimento passa, necessariamente, pela revisão do velho paradigma de Direito Administrativo,⁶² que, como aponta Moron, por força de estar “em grande parte apoiado nos esquemas garantistas das teorias clássicas de perfil liberal, não capta em geral o fenômeno crescente de publicização de interesses sociais e, em conseqüência, de esfumaçamento da divisão apriorística e categórica entre matérias públicas e privadas”.⁶³

Esta revisão deve ser marcada pela substituição do autoritarismo⁶⁴ pela comunicabilidade, da rigidez pela flexibilidade.⁶⁵

61. Deve-se ter sempre claro que privatização não pode ser tomada como sinônimo de desregulamentação. Se geralmente estes dois conceitos são ideologicamente apresentados conjuntamente, eles não são correspondentes. Ao revés, são, no mais das vezes, opostos. Trataremos do tema mais detidamente no próximo capítulo.

62. Destaque-se, neste passo, que a advertência de Wolfgang Stegmüller no sentido de que “o antigo e o novo paradigma não são comparáveis; em verdade, são incomensuráveis. Este fato fica mais ou menos encoberto, porquanto a teoria nova se vale das mesmas expressões que eram usadas na teoria antiga” (*A Filosofia Contemporânea*, p. 367).

63. Miguel Sanchez Moron, *La Participación del Ciudadano...*, p. 39.

64. Como bem demonstra um abalizado operador do Direito, “a tendência de flexibilização do Direito Administrativo justifica e motiva a superação do modelo tradicional da atividade administrativa, radicada numa relação de subordinação. A realidade do dia-a-dia das Administrações demonstra a necessidade de serem removidos os

Só que este novo paradigma deve ser processado não a partir da reformulação dos seus institutos e conceitos, para adaptá-los a realidades de mercado. A construção do novo deve apoiar-se na precedente mudança do modelo de Estado, pois – esperamos ter demonstrado – de nada serve tratar a esfera do Direito Administrativo apartada do perfil do Estado. Reforma administrativa é parte de um processo mais amplo e necessário de reforma do Estado, e como tal tem de ser encarada.

35. Massimo Severo Giannini, analisando a Administração Pública contemporânea, afirma que “o mundo contemporâneo é caracterizado pela presença de um notável número de poderes públicos”.⁶⁶ O grande administrativista lista, então, sete indicadores⁶⁷ que demonstram e acarretam a fragmentação do monopólio do poder político pelo Estado (v.g., erosão da concepção de tutela monopolística de interesse público) para, após isto, consignar que, em que pese a estarem os Estados perdendo poderes, “é também verdadeiro que são o único poder público que conserva a capacidade de agregação da ação de todos os outros poderes públicos, e sob tal aspecto não se vê, de fato, um viziinho próximo, como ao contrário muitos diziam”.⁶⁸

obstáculos impostos pela própria potestade do ente público, que impedem a sua igualação com o particular” (cf. Fernando Antônio Dusi Rocha, “Possibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos”, *Revista Licitar* 1/32).

65. Arnoldo Wald pondera que, “enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio e longo prazo, no plano econômico exigiram uma reformulação do Direito Administrativo, que, como os demais ramos do Direito, passou a constituir um ‘Direito flexível’” (“Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza”, *RDA* 202/44).

66. *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 58.

67. A saber: (i) a crise da idéia de soberania patenteada na existência de fortes núcleos de poder internacional; (ii) a emergência de uma comunidade econômica supranacional; (iii) o problema federativo, representado pela crescente tensão por autonomia dos entes federados; (iv) a fragmentação social e a crescente dependência do Poder Público frente a associações profissionais, corporativas e de especialização técnica; (v) as distorções da Democracia representativa derivadas da crise na estrutura de partidos políticos dos países europeus dominantes; (vi) a incapacidade política e financeira de manter o crescimento continuado da demanda autoalimentada de serviços e políticas públicas, resultando numa diversidade de entes públicos ou privados incumbidos do provimento destas demandas; (vii) a insustentabilidade da dimensão monumental que assume o aparato administrativo, a qual é precursora de transformações da estrutura administrativa dos poderes públicos (M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, pp. 58 e ss.).

68. Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 62.

Em suma, estamos diante da necessidade de se preservar o caráter político do Estado. Ou – como defende Paul Singer – encetar uma “globalização politicamente conduzida”, na qual “em determinadas conjunturas tem de prevalecer o interesse da maioria representada pelo governo democraticamente eleito”.⁶⁹

Para que isso seja possível, há que se processar uma significativa reforma do Estado e, via de consequência, uma profunda revisão em alguns pressupostos vetoriais do Direito Administrativo.

Capítulo V

A REPUBLICIZAÇÃO DO ESTADO

V.1 Introdução: a discussão desfocada. V.2 A “republicização” do poder político. V.3 A Administração Pública na perspectiva do “Estado republicano”. V.4 Lineamentos de um novo paradigma de Direito Administrativo.

“Reduzindo a uma só frase, o problema consiste em que em nosso mundo moderno tudo é político, o Estado está em toda parte e a responsabilidade política acha-se entrelaçada em toda a estrutura da sociedade. A liberdade consiste não em negar essa interpenetração, mas em definir seus usos legítimos em todas as esferas, demarcando limites e decidindo qual deve ser o caminho da penetração, e, em última análise, em salvaguardar a responsabilidade pública e a participação de todos no controle das decisões. Daí se deduz a importância do controle institucional, visando a uma estratégia de reformas numa sociedade democraticamente planejada, e a necessidade da existência de uma teoria de poder baseada em princípios democráticos.”

(Karl Mannheim, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, p. 66)

V.1 Introdução: a discussão desfocada

1. O discurso da reforma do Estado tem sido cada vez mais frequente. Porém, no nosso sentir, ele é posto de forma desfocada. Ora é baralhado com a reforma dos mecanismos de administração pública. Ora enredado na polêmica em torno da privatização de empresas ou serviços públicos. Ora, ainda, pautado por uma discussão ensimesmada acerca do grau de autonomia que devem ter os entes do poder local ou regional. Nenhum destes debates é irrelevante.

Porém, eles passam ao largo da questão que nos parece central: qual a configuração que deve ter o Estado de modo a enfrentar o sola-

69. “Globalização positiva e globalização negativa: a diferença é o Estado”, in *Novos Estudos CEBRAP* 48/52.

Em suma, estamos diante da necessidade de se preservar o caráter político do Estado. Ou – como defende Paul Singer – encetar uma “globalização politicamente conduzida”, na qual “em determinadas conjunturas tem de prevalecer o interesse da maioria representada pelo governo democraticamente eleito”.⁶⁹

Para que isso seja possível, há que se processar uma significativa reforma do Estado e, via de consequência, uma profunda revisão em alguns pressupostos vetoriais do Direito Administrativo.

Capítulo V

A REPUBLICIZAÇÃO DO ESTADO

V.1 Introdução: a discussão desfocada. V.2 A “republicização” do poder político. V.3 A Administração Pública na perspectiva do “Estado republicano”. V.4 Lineamentos de um novo paradigma de Direito Administrativo.

“Reduzindo a uma só frase, o problema consiste em que em nosso mundo moderno tudo é político, o Estado está em toda parte e a responsabilidade política acha-se entrelaçada em toda a estrutura da sociedade. A liberdade consiste não em negar essa interpenetração, mas em definir seus usos legítimos em todas as esferas, demarcando limites e decidindo qual deve ser o caminho da penetração, e, em última análise, em salvaguardar a responsabilidade pública e a participação de todos no controle das decisões. Daí se deduz a importância do controle institucional, visando a uma estratégia de reformas numa sociedade democraticamente planejada, e a necessidade da existência de uma teoria de poder baseada em princípios democráticos.”

(Karl Mannheim, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, p. 66)

V.1 Introdução: a discussão desfocada

1. O discurso da reforma do Estado tem sido cada vez mais frequente. Porém, no nosso sentir, ele é posto de forma desfocada. Ora é baralhado com a reforma dos mecanismos de administração pública. Ora enredado na polêmica em torno da privatização de empresas ou serviços públicos. Ora, ainda, pautado por uma discussão ensimesmada acerca do grau de autonomia que devem ter os entes do poder local ou regional. Nenhum destes debates é irrelevante.

Porém, eles passam ao largo da questão que nos parece central: qual a configuração que deve ter o Estado de modo a enfrentar o sola-

69. “Globalização positiva e globalização negativa: a diferença é o Estado”, in *Novos Estudos CEBRAP* 48/52.

pamento dos seus pressupostos de concentração e delimitação de poderes sem se transformar em mera arena ou mercado de *interesses especiais* em conflito?

2. Parece-nos completamente fora de lugar a denúncia de um governo mais ou menos condescendente à suposta violação da soberania de um Estado frente a um organismo internacional. O fato é que – vimos – a noção de soberania resta posta em questão, independente de um governo nacional insistir na reafirmação do discurso da soberania nacional.

De outro bordo, tampouco parece-nos razoável a discussão em torno dos limites da atuação estatal (ou seja, de quais setores da economia deve se incumbir diretamente o Estado). A polêmica em torno dos limites da atuação do Estado na economia prende-se, diretamente, ao pressuposto de existência de limites entre público e privado.¹ A relevância deste debate dependeria, pois, da centralidade da dicotomia público/privado. Porém, tal dicotomia – como esperamos ter deixado assentado – já não se presta a raciocínios consistentes.

3. Chega-se a desconfiar que a manutenção do debate nestes eixos só se presta a quem, consciente ou inconscientemente, postula o aprofundamento da subordinação do Poder Público exclusivamente a interesses especiais (seja do mercado, seja das corporações, inclusive a burocracia estatal).² Isso porque, na melhor das hipóteses, o discurso auto-afirmativo da soberania ou contrário à transferência de atividades exploradas diretamente pelo Estado aos particulares se presta à manutenção de um modelo de Estado superado pela realidade social e econômica hodierna.³

1. “Pertanto, l’idea secondo cui Stato e mercato si troverebbero in una posizione di ontologica contrapposizione, ritraendosi l’uno dove l’altro si espande, non può dividerli pienamente. Un’autorevole dottrina ha già opportunamente ridimensionato tale contrapposizione, evidenziando come l’idea di una conflittualità inevitabile tra Stato e mercato sia sovente priva di fondamento. D’altro canto, è proprio la realtà dei fatti così come descritta, a rendere incontrovertibile la compatibilità, in principio, tra iniziativa economica privata e pubblica all’interno di un’economia di mercato” (cf. Ana Maria Bernini, *Intervento Statale e Privatizzazioni*, p. 7).

2. Manuel María Díez é ilustrativo a esse respeito: “Y es que en una sociedad como la nuestra, los grupos de presión dominante son los primeros interesados en que la Administración sea un interlocutor débil o tolerante. De allí que sea común que la Administración esté mal servida y peor defendida” (*Manual de Derecho Administrativo*, p. 29).

3. Esta parece ser também a posição de Luís Roberto Barroso. Diz o professor titular de Direito Constitucional da UERJ que “há um equívoco nos setores supostamente progressistas, de se apresentarem como herdeiros de um Estado cujo passivo é

Ademais, ainda que os ideólogos do Estado Mínimo aleguem que o Estado em crise seja um estorvo ou um anacronismo, a manutenção do modelo atual de Estado lhes é extremamente interessante. Afinal, em colapso devido às crises acima divisadas, este Estado acaba por permitir ao mercado a alforria de qualquer controle, fiscalização ou acompanhamento da coletividade.⁴

3.1 Bravatas de um Estado Nacional periférico contra a internacionalização da economia não parecem suficientes para cessar o processo de integração, mundialização, globalização – ou coisa que o valha. A única consequência provável será a segregação econômica deste *locus* nacional.⁵ Isso, contudo, não fará recomposta a soberania (numa acepção clássica) deste Estado. Salvo é claro, nos efêmeros limites da auto-afirmação retórica.

3.2 De outro bordo, a resistência à flexibilização de um monopólio público ou à abertura de um dado setor da economia tampouco impedirá que os atores privados iniciem um processo de solapamento da exclusividade estatal na exploração desta atividade. Exemplos disso, entre nós, são vários. Já os tínhamos no setor de telecomunicações (por meio de recursos tecnológicos, via satélite ou pela *Internet*) anteriormente à privatização dos serviços. Hoje ainda os temos no setor postal (que, malgrado ser legalmente monopólio de empresa pública, assiste a uma profusão de empresas privadas explorando atividades que, a bem da verdade, em nada diferem daquela objeto do monopólio⁶ legal).

um espólio, e é preciso questionar a quem esse Estado serve e qual é a conveniência de mantê-lo grande, considerando que não foi o Estado que ajudou a fazer nem a transformação, nem o avanço social no Brasil” (“A intervenção do Estado no domínio econômico”, *Boletim de Direito Administrativo* 8/512).

4. Wolfgang H. Reinicke adverte que, “ainda que o Estado territorial possa afinal tornar-se redundante, é necessário que o mesmo não ocorra com os princípios e valores que regem as Democracias. É preciso tomar agora medidas em favor da noção de políticas públicas globais, a fim de que a sociedade esteja melhor aparelhada para enfrentar as demandas da globalização” (“Políticas públicas globais”, *Foreign Affairs*, ed. brasileira, *Gazeta Mercantil* 12.12.1997, p. 30).

5. Com surpreendente antevisão, há mais de 10 anos, Lechner enfocava tal fato, asseverando: “Não existem alternativas de desenvolvimento econômico. Nenhum país e muito menos um país latino-americano pode entrincheirar-se em suas fronteiras nacionais sem condenar-se ao subdesenvolvimento. A transnacionalização dos mercados e as inovações tecnológicas transformaram a racionalidade instrumental na racionalidade predominante” (“A modernidade e a modernização são compatíveis?”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 21/75).

6. Acerca da identificação entre monopólio estatal e serviço público, legada da escola francesa e ainda hoje central ao paradigma tradicional do administrativismo,

4. Assim, parece-nos que a melhor maneira de pensar a reforma do Estado não passe pela tentativa de reconstrução da sua soberania, nem pelo combate à privatização tomada como uma entidade genérica e abstrata.⁷ Para nós parece ser imperativa a *republicação do Estado*,⁸ assim entendida não como a volta aos pressupostos conformadores do Estado Moderno, mas como a superação destes pressupostos tendo por guia justamente a proteção dos interesses que não se encontram protegidos ou representados na nova configuração social e econômica que se nos avizinha.

Antes de mais nada, este processo aponta para a superação da separação entre Estado/sociedade (decorrência direta da superação da dicotomia público/privado) e para o afastamento da idéia de que “público” corresponderia exclusivamente a estatal. Embora o Estado tenha de permanecer como o espaço de exercício do poder decisório, isso não pode excluir o reconhecimento da existência de outras esferas de poder político, com as quais deva ele (Estado) se articular sem, contudo, perder de vista a irrenunciabilidade da tutela dos interesses dos atores sociais hipossuficientes. Deste modo, “acentua-se a consciência de que o Estado não poderá assumir os desafios de proporcionar a integração social se não for capaz de atuar realmente como um ente público, que aposte igualmente na sua própria democratização”.⁹

Embora possa parecer contraditório, pelear pela republicação do Estado implica reconhecer que a esfera pública transcende o âmbi-

vale trazer o escólio de Jacques Chevallier: “Uma ligação estreita foi estabelecida na França entre o serviço público e o monopólio: consideramos por muito tempo que o serviço público implicava o monopólio; supunha-se que os interesses coletivos, que justificaram sua instituição, não poderiam ser protegidos senão na ausência de concorrência. A regressão dos monopólios públicos, ao menos no domínio econômico, sob a pressão européia, coloca a questão de se saber como garantir a realização das finalidades do serviço público num contexto de concorrência” (“A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público”, *Revista do Serviço Público* 120, n. 3).

7. Como bem pondera Jorge Luiz Maiorano (professor titular de Direito Administrativo da Universidade de Belgrano), “la verdadera soberanía de una nación no se mide por la cantidad de banderas ni por la cantidad de empresas de teléfonos que administre, sino por el nivel de vida, posibilidades de desarrollo, ejercicio pleno de derechos y libertades que sus habitantes tengan” (“La Administración Pública y la reforma del Estado”, *Revista de Informação Legislativa* 106/74).

8. Permitimo-nos utilizar o termo “Estado republicado” como tradutor do processo de republicação do poder político, na medida em que, conforme assinalamos no Capítulo I, no âmbito do presente trabalho estamos marcando a concepção de Estado preferentemente como poder decisório.

9. Nuria Cunill Grau, “A rearticulação das relações Estado/sociedade: em busca de novos significados”, *Revista do Serviço Público* 120/116, n. 1.

to estatal e que o espaço do Estado não é estanque em relação aos atores sociais. Na verdade, esta *republicação* reforça o caráter público do Estado, na exata medida em que aponta para uma radical democratização do exercício do poder político.¹⁰

A partir da erosão da separação público/privado e da relativização da soberania estatal, parece que o Estado se apresenta não só como poder decisório (papel típico do espaço público na Modernidade, como vimos), mas também com o caráter de *esfera pública* no sentido que lhe confere Habermas: “instância deliberativa de mediação entre o Estado e a sociedade”.¹¹ Ou seja, imaginamos que o espaço público a ser ocupado pelo Estado envolve não só a mediação com os entes de representação de interesses transindividuais como, também, o exercício do poder decisório capaz de impedir o predomínio absoluto dos interesses especiais sobre os interesses difusos, porquanto “os que mais necessitam participar são justamente os que menos podem fazê-lo”.¹²

5. De fato, se o Estado existe para garantir as condições mínimas de sociabilidade,¹³ deve ele ser focado como tutor dos interesses desta coletividade. Se a ação do poder político só se legitima quando voltada ao atendimento das necessidades coletivas, é óbvio que seu exercício deverá estar direcionado sempre à consagração de interesses coletivos que, em cada momento histórico, se apresentem com maior densidade ou relevância. Esses interesses configuram, para nós, a dimensão pública que deve ser perseguida pelo poder político.

A necessidade de redelineamento da noção de interesse público – ditada pelas transformações que vêm acometendo a sociedade e o Estado, como visto anteriormente neste tópico – não deve levar à individualização da atividade social, dando lugar àquilo que Boaventura de Sousa Santos chama de “fascismo social”.¹⁴

10. V., neste sentido, Juan Carlos Portanteiro, “La múltiple transformación del Estado latinoamericano”, *Nueva Sociedad* 104.

11. “Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público”, *Novos Estudos CEBRAP* 26.

12. Nuria Cunill Grau, “A rearticulação...”, *Revista do Serviço Público* 120/122.

13. Neste sentido, v. Jorge Reinaldo Vanossi, “Crisis y transformación del Estado Moderno”, in Guy Carcassonne, *Transformaciones del Derecho Público*, p. 43.

14. Que o sociólogo define como sendo “a usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por atores sociais muito poderosos, que, escapando a todo controle democrático, neutralizam ou suplementam o controle social produzido pelo Estado” (“Os fascismos sociais”, *Folha de S. Paulo* 6.9.1998, p. A-3). Em senti-

6. Ao primado absoluto do público não pode suceder o primado extremo do privado. Ou seja, o que está posto à prova é menos a necessidade de existência de instituições e mecanismos voltados ao atingimento de finalidades públicas primaciais, e mais o caráter homogeneizador, singular e universalizante de que se revestiam os conceitos de interesse público ou de finalidades coletivas da função estatal.

O reconhecimento da impossibilidade de se edificar uma Teoria do Estado centrada na idéia de homogeneidade, universalidade e singularidade de interesse público nada tem a ver com a imprescindibilidade de o poder político manter-se na tutoria dos *interesses públicos dos hipossuficientes*. Neste sentido é que cremos ser possível sustentar a necessidade de prevalência dos interesses difusos (enquanto classe dos interesses públicos) no processo decisório levado a cabo no âmbito do Estado.

7. Necessário, portanto, apartar o colapso do modelo autoritário e centralizado do poder decisório enfeixado no Estado do singelo e perigoso discurso de sua redução a fórceps, ou de sua radical substituição pelos espaços privados ou da sua transformação em mera arena de mediação de *interesses especiais*.

Reconhecer a existência e a importância de esferas públicas não-estatais ou de instituições privadas que podem assumir funções públicas e delas se desincumbir melhor do que as instituições estatais não implica, de modo algum, a demonstração da prescindibilidade da esfera pública. Ao contrário, faz aflorar a necessidade de um novo tipo de intervenção. Como assinala Pierre Subrá, “ante tal contexto, o Estado não pode mais seguir cumprindo o mesmo rol, [de atividades] o que não quer dizer que não deva cumprir nenhum”.¹⁵

De outro lado, a necessidade de uma constante interlocução com os atores sociais de mediação destes interesses não pode representar o aniquilamento do papel do Poder Público como redutor das hipossuficiências sociais.¹⁶

do bastante semelhante, ainda que apoiado em abordagem e conceitos diversos, ver também João Manuel Cardoso de Mello, “A Nova Ordem Mundial e o Brasil: entre o fascismo de mercado e a democratização do Estado”, in *Presença: Revista de Política e Cultura*, n. 18, junho de 1992.

15. “El nuevo Derecho Administrativo”, in Guy Carcassonne (org.), *Transformaciones del Derecho Público*, p. 86.

16. V. Enrique Silva Cimma, “Estado y Democracia”, in Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (orgs.), *El Derecho Público de Finales de Siglo*, p. 57.

8. Muito ao contrário, estes processos indicam a necessidade de fortalecimento da capacidade do Estado.¹⁷ Como bem lembra o então Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, “a desregulamentação e a desestatização ocorridas nos países maduros têm exigido, na prática, um reforço, e não um enfraquecimento, dos órgãos regulatórios”.¹⁸

De outro lado, parece-nos que os próprios atores centrais do quadro de economia mundializada também se apercebem deste fato. Em estudo razoavelmente recente, Norbert Lechner lança mão de exemplos extraídos dos próprios organismos internacionais para apontar o equívoco tanto do discurso conservador, contrário à redelimitação das funções da esfera pública, quanto da ideologia da prescindibilidade do Estado. Diz o autor alemão radicado no Chile que: “Uma das lições que o Banco Mundial tira da crise mexicana é a necessidade de um Estado forte; ou seja, dotado de instituições poderosas, com sistemas legais que ajudem a promover a concorrência, a proteger o consumidor e a oferecer uma estrutura na qual a resposta de todos os agentes econômicos possa ser prevista com exatidão aceitável”.¹⁹

9. Portanto, quer-nos parecer que as crises a que estão submetidos os pressupostos do Estado Moderno nos põem diante da necessidade de discutir uma nova configuração do poder político que seja capaz de efetivar aquela mediação ativa de que há pouco falávamos.

Mais ainda, impende repensar um modelo de Estado que tenha a capacidade de, embora não mais constituído de forma piramidal (autoritária) própria à Modernidade, exercer também um papel de tutor dos *interesses públicos difusos*. Isso importa, inclusive, atuar compondo as hipossuficiências e as exclusões geradas pela nova conjuntura da economia e da sociedade contemporâneas.

O debate necessário, portanto, cinge-se aos contornos de uma nova concepção de Estado e – a ela atrelada – de um novo paradigma de Direito Administrativo que ofereça instrumentos (conceitos, métodos, institutos etc.) para a atuação do poder político neste novo con-

17. Cf. Valeriano Mendes Ferreira Costa, “O novo enfoque do Banco Mundial sobre o Estado”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 44/16-17.

18. Gesner de Oliveira, “Globalização, abertura e concorrência”, *Folha de S. Paulo* 6.6.1996, p. A-3.

19. “A reforma do Estado e negociação política”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 28-29/35.

texto.²⁰ O que segue são, em verdade, trilhas de um caminho que só pode ser aplainado com o próprio caminhar.

V.2 A “republicização” do poder político

10. No início do presente trabalho assinalávamos que a construção do Estado Moderno foi marcada por um processo de concentração e delimitação do poder. O primeiro caracterizou-se pela afirmação da soberania. O segundo, pela demarcação da fronteira público/privado como forma de delimitação do espaço de atuação do poder político.

Mais adiante vimos que este processo, que sempre esteve diretamente relacionado com a emergência do Capitalismo, vai sendo alterado na medida em que se modificam as perspectivas e necessidades desse sistema de produção.

Isso até se chegar ao estágio atual, em que, em função de diversos fatores, o desenvolvimento do Capitalismo (enquanto sistema de produção e mesmo de dominação social) passa a prescindir, em alguns contextos, dos mecanismos típicos do Estado Moderno, em especial na sua configuração de Estado Nacional.²¹

A construção da modernidade política – também esperamos ter deixado claro – passou pela impessoalização e pela despatrimonialização do poder, permitindo divisar o que seria o espaço da Política, tomado como público. Perpetrou-se, inclusive, a distinção entre os bens e interesses da pessoa do soberano e aqueles pertencentes à coletividade e alocados na consecução do *bem comum*. É verdade que entre nós este processo nunca se ultimou, como bem demonstra Raimundo Faoro em obra célebre.²²

Porém, do ponto de vista da Teoria Geral do Estado – vimos anteriormente –, é a partir desta publicização que se erguem as bases do

20. Nos dizeres de Maiorano, frente à reforma do Estado, impõe-se à Administração Pública, em primeiro lugar, a afirmação predominante de uma “administración reguladora en el sentido de que a la misma corresponde establecer reglas de juego de la economía privada o velar por su cumplimiento, de manera de garantizar a todos el ejercicio de la libertad económica. Pero además, debe ser también una administración controladora del ejercicio de la libertad económica para proteger a los débiles económicos” (“La Administración Pública...”, *Revista de Información Legislativa* 106/64). No mesmo sentido, v. José Roberto Dromi, “Renovación en el Derecho Público”, in Guy Carcassonne (org.), *Transformación del Derecho Público*, p. 150.

21. Eros Grau, *O Direito Posto e Direito Pressuposto*, 3ª ed., pp. 83 e ss.

22. *Os Donos do Poder*, 6ª ed., vs. 1 e 2, 1985.

Estado Moderno. Este processo, contudo, faz-se em correlação direta com as necessidades primaciais do modo de produção capitalista.

II. O que parece agora se impor é um novo ciclo de *publicização*, não mais pautado pela perspectiva restritiva e liberal (de outorgar um caráter público ao poder político, de modo a apartá-lo das relações de mercado), nem pela perspectiva tautológica do Estado Intervencionista (a partir da qual o poder político foi instrumentalizado para o atingimento das necessidades supletivas e compensatórias do regime capitalista).

Ao revés, esse processo, que poderíamos chamar de *republicização*, seria marcado pela assunção, pelo Estado, da função primacial de tutor e viabilizador das necessidades (incluindo direitos) daqueles que não encontram guarida em espaços institucionais de representação e mediação de interesses.

Veja-se que não estamos adotando, aqui, uma perspectiva ingênua ao identificar o Estado com os pobres ou excluídos. Não se trata disso. Trata-se – isso, sim – de eleger pautas seletivas para atuação do Estado, de modo a coadunar sua função de mediador de interesses especiais com a tarefa (na qual é insubstituível) de protetor dos interesses que não logram ser defendidos ou representados no jogo social e político (interesses não *especiais*, tomando por base a diferenciação feita por Norbert Reich e acima exposta).

12. A *republicização* fica longe de significar a volta à perspectiva de imunidade a todo e qualquer interesse privado, mas o reconhecimento da existência e da legitimidade de inúmeros interesses privados não particularísticos (porquanto transindividuais e dotados de alguma legitimidade). De forma totalmente contrária à dependência de um conceito único e totalizante de vontade geral ou de interesse público, o *Estado republicado* deve se ater ao reconhecimento da pluralidade de interesses públicos. Sem, contudo, aceitar o papel de mero mediador desses interesses.

Num *Estado republicado* a legitimação da ação do poder político depende, permanentemente, da capacidade de demonstrar, discursivamente, o porquê da ação desigual no sentido de privilegiar um ou outro interesse público em confronto.²³ Mais ainda, tal legitimidade

23. Embora adotando uma concepção diversa de Estado, não deixamos de reconhecer que o imperativo da demonstração da existência, em concreto, do interesse público como condição de validade e legitimação dos provimentos administrativos vem defendida na doutrina de Renato Alessi. A esse respeito, v. *Principi di Diritto Amministrativo*, pp. 280 e ss.

advém igualmente da capacidade de se fazer presente e atuante como garante dos *interesses públicos difusos*.

13. O *Estado republicado* pressupõe, de outro lado, a substituição do pressuposto liberal da *igualdade formal* dos indivíduos outorgantes do poder (concentrado e delimitado) político pelo reconhecimento da *desigualdade inter-relacional* dos interesses que se embatem na sociedade. Ou seja, pensar um *Estado republicado* pressupõe o reconhecimento pelo poder político da *desigualdade* entre os interesses administrados. Desigualdade, esta, decorrente menos das insuficiências materiais (que não deixam de ser um dos elementos denotadores das hipossuficiências sociais, sem ser, contudo, o único destes elementos²⁴) e mais das diferenças de representação e articulação de interesses.

Ou seja, ainda que o *Estado republicado* permaneça obrigado a exercer o poder de forma impessoal, emerge necessária a aceitação do pressuposto de que a comunicação entre interesses e poder político não se efetiva de modo uniforme. Daí por que a necessidade de uma mediação ativa e de uma atuação prospectiva (porquanto os interesses hipossuficientes por vezes têm de ser identificados para poderem ser assegurados e defendidos) e compensatória (porquanto a simples neutralidade não é suficiente para assegurar o respeito e a efetivação destes interesses) do poder político.

Destarte, exatamente por pressupor a desigualdade entre os administrados – não como indivíduos atomizados, mas como interesses transindividuais – é que o Estado deve se republicar, assumindo, no embate de interesses em torno da alocação de bens, direitos e oportunidades, a tutela dos *interesses públicos difusos*.

14. Este processo de *republicação* tem outro componente central. Trata-se da descontaminação da esfera pública dos interesses es-

24. Exemplo clássico disso pode ser encontrado nas relações de consumo. Nelas a hipossuficiência do consumidor é pressuposta, independente do seu nível de renda ou padrão de consumo. Isso em virtude da desagregação própria aos interesses dos consumidores frente à especialidade dos interesses dos fornecedores ou produtores. Apesar disso, não se pode descuidar da circunstância de que a insuficiência econômica agrava a posição de inferioridade e de desagregação do consumidor pauperizado. Neste sentido, a referência obrigatória é o trabalho de Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, pp. 293 e ss. O autor sustenta, lastreado em obras precursoras do Direito Americano, que “diversos estudos demonstram a desvantagem do consumidor pobre em relação ao consumidor rico quanto à possibilidade de obtenção de melhores produtos e serviços” (p. 293) – desvantagem, essa, que se estende “para áreas dos serviços públicos e serviços de interesse público, onde usualmente ele encontra mais dificuldades para obter os serviços e bens de que necessita” (p. 295).

peciais (como, por exemplo, os interesses das corporações de servidores) ou mesmo particularísticos (v.g., todas as estruturas de corrupção gestadas em torno dos negócios públicos) que se imiscuem no espaço público, patrimonializando (v.g., privatizando) bens, direitos e oportunidades pertencentes à coletividade social.

Isso porque o processo de apropriação privada da esfera pública não se traduz apenas na sua instrumentalização pelos interesses predominantes na sociedade capitalista, nem pela sua colonização pelos interesses especiais de grupos ou atores coletivos. Tal *privatização* mostra-se forte – e entre nós de forma notadamente freqüente – também na apropriação dos negócios públicos.²⁵

A esse respeito, inigualável é a radiografia feita pelo professor Dalmo Dallari, há quase uma década, quando asseverava que um dos maiores vícios do Estado, “que me parece extremamente importante e abrangendo todos os setores do serviço público, inclusive legislativo, inclusive judiciário, fortemente o executivo, (...) é a submissão do serviço público a interesses privados”.²⁶

Pensar um *Estado republicado* impõe, portanto, um profundo processo de depuração dos interesses particularísticos incrustados no espaço público – processo, este, que somente poderá ser viabilizado na perspectiva em que se alarguem as frentes de pressão do poder político pelos interesses públicos (especiais ou difusos).

Pode-se inquirir a perspectiva de *republicação* como impregnada de uma certa ingenuidade ou de algum idealismo. Nada parece ser mais incorreto. Na verdade, a perspectiva de *republicação*, justamente por apontar para a necessidade de democratização radical do espaço público (no sentido de torná-lo crescentemente acessível a todos os interesses existentes na sociedade), impede justamente a captura sub-reptícia do poder político por interesses particularísticos ou sua

25. Cf. Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, “A corrupção no Brasil”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 80, 1995.

26. “Controle do poder”, *RDP* 94/177. Neste sentido também, bastante pertinente parece ser a abordagem que Bresser Pereira dá ao que designa de “privatizadores da coisa pública”, quando afirma que, “no passado, eram representados pelo patrimonialismo, no presente pelo corporativismo” (*Cidadania e “Res Publica”: a Emergência dos Direitos Públicos*, p. 34). Apesar da felicidade do raciocínio e da precisão da análise aí desenvolvidos, este autor comete alguns excessos absolutamente inexplicáveis, como afirmar que a função primacial de defesa da coisa pública caberia aos economistas – afirmação que, além de teoricamente frágil, tem sido veementemente negada pela história recente.

colonização por interesses especiais.²⁷ De outro lado, ao assumir a pluralidade de interesses públicos,²⁸ obriga o processo decisório a ser a um só tempo transparente e fundamentado, reduzindo também as margens de manipulação que favorecem a apropriação privada de bens, direitos e oportunidades.

15. Numa perspectiva de *republicização* do espaço público, parece ser primacial focar o exercício do poder político naquilo que caracteriza sua função pública no sentido da transcendência dos interesses sociais.²⁹ Ou seja, que o Estado retome, efetivamente, seu papel de tutor e promotor dos interesses dos hipossuficientes sem, contudo, se filiar a uma perspectiva *minimalista* ou reducionista típica do discurso da desregulação ou do Estado Mínimo.³⁰ *Republicizar* o Estado significa, pois, redimensionar a atuação do poder político exatamente na-

27. Ilustrativa neste sentido é a lição de Sanchez Moron: “Está claro, sin embargo, que, desde siempre y más a medida que se desarrolla el proceso de monopolización y burocratización a nivel socio-económico y el consecuente intervencionismo estatal, los intereses privados han venido actuando públicamente, recubiertos con el manto legitimador del interés público” (*La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, p. 130).

28. Para uma abordagem que demonstra a relação entre a existência de *interesse público* numa dada atividade e a perspectiva de obrigatoriedade de sua realização no regime de serviço público, v. Laurent Richer, “Service public et intérêt privé”, *Archives de Philosophie du Droit* 41/293-300.

29. A *republicização* por nós defendida aproxima-se, sem se confundir, do princípio da *subsidiariedade*. Tal princípio é assim formulado por José Alfredo de Oliveira Baracho: “que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos. A necessidade da intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltam a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia” (“O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 19/29). A *republicização* não se confunde com a *subsidiariedade*, na medida em que esta não considera a existência de *hipossuficiências sociais* independentes da existência da possibilidade ou capacidade dos particulares no desempenho de uma dada atividade. A autoridade (o poder político) faz-se necessária, até e principalmente, para assegurar que os particulares capazes de “resolver o problema sem ajuda alheia” não o façam de forma a desconsiderar ou aniquilar os interesses menos capazes de se afirmar no conflito social. Assim, ainda que permeie nosso raciocínio um traço de subsidiariedade, não vemos a atuação do poder político republicizado como meramente residual. Sobre o princípio da subsidiariedade, v., ainda, Nestor Pedro Sagüés, “Principio de subsidiaridad y principio de antissubsidiaridad”, *Jurisprudencia Argentina* 2/775 e ss.

30. Para uma crítica lúcida e ponderada, no âmbito do Direito Público, das teorias de desaparecimento do papel do Estado equilibrador e compensador das desigualdades sociais, v. Jorge Luis Salomoni, “Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994”, *Actualidad en el Derecho Público* 7/93 e ss.

quilo que efetivamente envolva interesses difusos e não prescindir da atuação pública.

Neste contexto, parece-nos totalmente fora de lugar a discussão em torno das célebres divergências entre intervencionismo ou não-intervencionismo estatal. Um *Estado republicizado* é, a um só tempo, um *radical interventor indireto* e um subsidiário e excepcional *interventor direto* no jogo econômico.³¹

Pratica um forte *intervencionismo indireto* porque deve deter o máximo de capacidade de regular³² (via regulamentação, fiscalização, monitoramento, aplicação de sanções etc.)³³ os diversos campos da atividade econômica e social, atuando sempre no sentido da proteção dos interesses hipossuficientes. Porém, não calha a este Estado exercer um *intervencionismo direto*, no sentido de ser executor de atividades que possam ser desenvolvidas por atores privados.³⁴ Como assinala Santiago Muñoz Machado, “la regulación es, en todo caso, una alternativa

31. A esse respeito, v. Sabino Cassese, *La Nuova Costituzione Economica*, especialmente pp. 121 e ss. V., também, Anna Maria Bernini, *Intervento Statale...*, pp. 8 e ss.

32. Poderíamos, aqui, equiparar a distinção adotada entre intervenção direta e indireta com aquela desenvolvida por Fernando Herren Aguillar (*Control Social de Servicios Públicos*, pp. 201-202) em torno de concentração regulatória *normativa* e *operacional*. Para aquele autor a concentração regulatória normativa é exercida pelo Estado por meio da “imposição de normas jurídicas particulares”, enquanto a regulação operacional se dá pela avocação, pelo Estado, “da tarefa de executar atividades econômicas”. Preferimos a terminologia “direta” e “indireta”, por entendermos que a atividade regulatória indireta não se restringe ao aspecto normativo (regulamentar), envolvendo outras dimensões, como a fiscalização, a mediação pró-ativa, a aplicação de sanções, a implementação de políticas específicas, entre outras, sem, contudo, acarretar o envolvimento direto dos entes estatais na execução de atividades necessárias à produção de *public utilities*.

33. Adotamos, portanto, o conceito operacional de regulação elaborado por Vital Moreira. Segundo o autor português, por *regulação* entenderíamos “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos” (*Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*, p. 34).

34. “Uma coisa é definir a abrangência institucional do Estado, é saber se o Estado deve se ocupar diretamente de uma série de atividades, como ocorreu com o Estado Social-Burocrático, ou se tenderá a se limitar a suas funções específicas, como aponta a reforma do Estado em curso; outra coisa é determinar qual a extensão do seu papel de regulador das atividades privadas. Não há dúvida de que esta é uma função específica do Estado (...). À medida que a sociedade se torna mais complexa e o Estado maior, mais extensa tenderá a ser sua regulamentação” (Luiz Carlos Bresser Pereira, “A reforma do Estado nos anos 90”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 45/72).

de intervención pública en el mercado que se distingue de otras posibilidades".³⁵

Em suma, parece-nos que a *republicização* do Estado deve implicar o direcionamento dos seus recursos e de sua capacidade decisória para um intenso *intervencionismo indireto* (caracterizado pelo exercício da função de ordenar, regular e mediar as relações econômicas³⁶). De outro lado, excepcional deve ser a investidura deste Estado (reservados casos extremos) nas funções de produtor de bens ou executor direto de atividades econômicas ou de serviços públicos.³⁷ Esta calibração de intervencionismo permite fugir, assim, à confusão entre regulador (poder normativo, fiscalizador e arbitral) e regulado (o produtor e explorador de *public utilities*).³⁸

Acrescente-se que o intervencionismo indireto (intervenção reguladora) não deve se restringir apenas àquelas atividades formalmente consideradas de interesse público ou caracterizadas como serviços públicos.

A noção multifacetada do interesse público, que tentamos apontar acima, acarreta a premência de o poder político atuar, exercendo sua capacidade regulatória, sempre que verificada a existência de um plexo de interesses públicos relevantes.³⁹

É o que ocorre, de maneira exemplar, no setor de Medicina Privada ou de Seguro-Saúde. Ainda que tais atividades possam ser situadas fora do rol de serviços públicos em sentido estrito, é inegável que elas, hoje, envolvem uma parcela significativa de *interesses públicos difusos*, os quais vão desde os consumidores destes serviços ou pla-

35. *Servicio Público y Mercado*, p. 264.

36. V. Ismael Farrando, "Servicios públicos y privatizaciones: su configuración constitucional a través de la reforma de 1994", *Actualidad en el Derecho Público* 71/160.

37. Carlos Ari Sundfeld observa que, para se ter sucesso na retirada da exploração direta de setores da economia, "é preciso ter antes construído um sistema de regulamentação muito bem montado por lei do funcionamento do serviço" ("Reforma do Estado", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/118).

38. V., a esse respeito, Santiago Muñoz Machado, *Servicio Público y Mercado*, pp. 254-259.

39. Neste sentido, vale citar o entendimento do jornalista Luis Nassif, que, malgrado passar ao largo do raciocínio jurídico, consignou, por ocasião da quebra de importante construtora e incorporadora, que "é obrigação do Governo fiscalizar toda atividade que envolva poupança pública", porquanto estas atividades "envolvem milhares de pessoas" passando a ser "problemas públicos, a exigir regulação por parte das autoridades competentes" ("A Encol é problema público", *Folha de S. Paulo* 29.8.1997, pp. 3-4).

nos⁴⁰ até os hipossuficientes sociais, que dependem da rede pública e são prejudicados pelos mecanismos de abatimento das quantias desembolsadas com estes serviços pelos mais aquinhoados⁴¹ – mecanismos que, por óbvio, solapam a estrutura de financiamento da Saúde Pública. É claro, para nós, que a relevância e a abrangência deste setor da economia demandam a efetiva intervenção reguladora por parte do poder político.⁴²

Parece-nos, portanto, que a questão posta para o *Estado republicado* não se coloca em torno da privatização ou não da produção de utilidades públicas, mas na existência efetiva de controle público apto a preservar os interesses públicos difusos envolvidos numa dada situação.

Ainda recorrendo ao exemplo da Saúde, podemos fazer nossas as palavras de uma das maiores autoridades em Saúde Pública do país: "Os dilemas da Saúde não se encontram na antinomia Estado/mercado ou mesmo público/privado, mas em se revestir a ação política na Saúde em um projeto capaz de efetivamente enfrentar a desigualdade e exclusão sociais, e que introduza mecanismos reais de controle público sobre os serviços de Saúde, quer sejam eles estatais ou privados, ao mesmo tempo em que se busca recompor a capacidade estatal de condução política".⁴³

16. A *republicização*, tomada ainda pelo prisma da acessibilidade, remete-nos à necessidade de formatar o Estado de modo extrema-

40. Que são estimados, no Brasil, em aproximadamente 4 milhões de pessoas (*Gazeta Mercantil* 13.3.1997, p. C-8).

41. Tal contradição de interesses, que, num *Estado republicado*, deveria ser arbitrada necessariamente em favor dos que dependem do Sistema Único de Saúde, vem brilhantemente exposta por Dalmo Dallari ("Financiamento da Saúde", *Folha de S. Paulo* 4.9.1996, p. 3), que, em crítica ao Plano de Atendimento à Saúde paulistano, aponta um processo de apropriação da coisa pública e de direcionamento da atividade administrativa no sentido inverso dos interesses dos desassistidos.

42. O exemplo é paradigmático da resistência do oportunismo individualista (interesses particularísticos travestidos de interesses especiais) à atuação regulatória do Estado. Esta oposição foi manifestada pelos proprietários de empresas atuantes no setor de Medicina de Grupo ou Seguro-Saúde por ocasião da discussão de uma legislação reitora do setor, o que acabou ocorrendo em 1998. Estes setores tentavam escudar-se no discurso ideológico da desregulamentação para preservar a situação de total liberdade para exercício desabrido de sua hipersuficiência. Neste sentido, não pela solidez teórica, mas pelo cinismo escancarado, v., por todos, o artigo do ex-deputado Ayres da Cunha, "O Governo interfere para atrapalhar", *Folha de S. Paulo* 18.5.1996, p. I-3). Em sentido contrário, v. Gilberto Dimenstein, "Plano de saúde, a peste moderna", *Folha de S. Paulo* 15.5.1996, p. A-12.

43. Paulo Eduardo Elias, "Reforma ou contra-reforma na proteção social à Saúde", *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 40-41/214.

mente ligado à participação direta dos indivíduos, e principalmente das instâncias de aglutinação de interesses, no exercício do poder político. Como afirma Francisco Gaetani, “o campo da demanda social, da sociedade civil organizada, é o que mais vem crescendo em importância nos últimos anos. Operando com desenvoltura recursos de *marketing* institucional, as organizações não-governamentais estão consolidando seus espaços nos processos de formulação e implementação de políticas públicas, especialmente pela capacidade de vocalizar interesses marginalizados pelos esquemas oficiais. Passando a atuar para além de posicionamentos de resistência, estas entidades e movimentos atuam de forma cada vez mais pró-ativa na busca do equacionamento de seus interesses”.⁴⁴

Tal participação não pode se reduzir apenas aos mecanismos de representação política,⁴⁵ mas tem que envolver a possibilidade de intervenção direta e efetiva nos processos de formulação de políticas públicas, alocação de recursos, edição de normas (quer no caso de leis – mediante os mecanismos de iniciativa popular –, quer na formulação de normas regulamentares em um dado subsistema jurídico – quando da integração dos setores interessados e capacitados naquela dada seara).

Mais ainda: essa participação tem que envolver a atuação daqueles sujeitos ao poder político também no controle do exercício desse poder.

Daí decorre a necessidade de, no bojo do processo de *republicação* de que falamos, serem construídos mecanismos que tornem efetiva essa participação. Mais que isso, impende que tais mecanismos sejam dotados de continuidade – único modo de se desenvolver uma cultura participativa, sem a qual qualquer avanço neste sentido sempre será tênue e provisório.⁴⁶ Logo retornaremos ao tema.

44. “Gestão e avaliação de políticas e programas sociais: subsídios para discussão”, *Texto para Discussão n. 14 (Escola Nacional de Administração Pública)*, p. 6.

45. A perspectiva aqui delineada não significa, de modo algum, descurar dos mecanismos de representação política próprios da Democracia indireta. Tais mecanismos seguem sendo necessários para o processo de seleção periódica dos que vão exercer o poder político. Porém, o que nos parece necessário é a radicalização da teoria democrática, fazendo os mecanismos de Democracia indireta aplicados à seleção dos governantes conviverem com mecanismos diretos e articulados de participação no exercício e no controle do poder político.

46. O caráter de envolvimento da sociedade na reforma do Estado, inclusive de modo a envolver um “componente de reforma cultural”, vem bem ilustrado por Marco Aurélio Nogueira, *Sobre o Estado e o Gestor Público de que se Necessita*, 1998.

17. *Pari passu* à participação dos interesses existentes na sociedade nas instâncias de exercício do poder político, o processo de *republicação* demanda o reconhecimento, pelo Estado, da existência de instâncias sociais de caráter público. Trata-se de reconhecer aquilo que se convencionou chamar de “esfera pública não-estatal”.⁴⁷ Como ilustra Tarso Genro, “a reação social causada pela exclusão, fragmentação e emergência de novos modos de vida comunitária (que buscam na influência sobre o Estado o resgate da cidadania e da dignidade social do grupo) fazem surgir uma nova esfera pública não-estatal”.⁴⁸

Tal esfera toma para si não só o papel de interlocução e transmissão dos interesses e necessidades dos grupos a que se liga, mas também a incumbência de executar e implementar processos voltados ao atendimento dessas demandas.⁴⁹ Inobstante caracterizarem-se pelo seu aspecto não-estatal – como nota Genro –, estas esferas estabelecem estreita conexão com o Estado.⁵⁰

Esse processo, porém, não é isento dos riscos inerentes à sua complexidade.⁵¹ Como aponta Valeriano Mendes Ferreira Costa, “ao ampliar a esfera de interação e participação da sociedade civil organizada nos negócios públicos, a elite política reformista não está simplesmente tornando mais transparente e democrático o Estado, mas também tornando muito mais complexas as tarefas de regulação e co-

47. A esse respeito, v. Juan Ramón Capella, *Los Ciudadanos Siervos*, 1993.

48. Tarso Genro, “A nova Esquerda e um novo Estado”, *Folha de S. Paulo* 7.1.1996, p. I-3.

49. Entre nós este processo encontrou guarida no ordenamento jurídico. Em 23 de março de 1999 foi promulgada a Lei federal 9.790, de 1999, que dispõe sobre as chamadas *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*, deixando patente, também no âmbito do Direito Positivo, que a noção de interesse público não mais admite sua concepção singularizada e concentrada no âmbito da atividade estatal. O diploma em comento, em breve síntese, cria a figura das organizações sociais (ou organizações não-governamentais), que, malgrado sua natureza privada, são constituídas para consecução de iniciativas passíveis de serem consideradas de interesse público. Interessante notar que, independente do estabelecimento de termo de parceria destas organizações com o Poder Público (previsto no art. 9º), a lei introduz a exigência de observância, por estas entidades, de uma série de princípios e procedimentos próprios do Direito Público. Resta, assim, caracterizado o espraiamento do Direito Administrativo para fora do espaço estatal, deixando incontroverso que a aplicação deste regime não mais se norteia pela relação com pessoa jurídica de Direito Público, mas pela presença de interesses públicos tuteláveis.

50. V., neste sentido, Ota de Leonardis, “A welfare mix”. *Stato e Mercato* 46/51-76.

51. Para uma crítica deste processo, enfocando o amplo leque de riscos por ele suscitados, v. Nuria Cunill Grau, “A rearticulação...”, *Revista do Serviço Público* 120/126-137.

ordenação das novas e ampliadas atividades na esfera pública não-estatal".⁵²

A *republicização*, neste sentido, implica não só o reconhecimento e a legitimação destas esferas pelo Estado, como também o estabelecimento de canais e mecanismos que permitam ao aparato estatal ser crescentemente permeável à atuação destas instâncias.⁵³

18. Para a *republicização do Estado* se põe, portanto, imprescindível a capacitação do poder político para (i) assegurar a manutenção das regras do jogo que vão balizar os conflitos entre os *interesses públicos especiais* ou assegurar o respeito aos direitos individuais;⁵⁴ (ii) exercer sua capacidade regulatória de modo a preservar os interesses públicos em geral, mas com especial atenção aos hipossuficientes (o que envolve não só o interesse dos excluídos sociais, como também aquele plexo de interesses⁵⁵ que, pela sua desagregação natural, não conseguem ser autodefendidos); e (iii) manter uma permanente interlocução, matizada por princípios de transparência radical, do poder público com os diversos atores sociais, erradicando-se o caráter autoritário da regulação.

Neste sentido, portanto, a perspectiva de *republicização do Estado* prende-se, de algum modo, aos primórdios da teoria democrática, pois, em alguns aspectos, (i) reaproxima o espaço público da idéia de *Ágora*, na medida em que coloca o poder político na permanente necessidade de ser permeável às vontades e necessidades sociais; (ii) depende intrinsecamente do caráter público tomado na acepção de não-sigiloso, de explícito, revestido de publicidade não só no sentido formal da divulgação das decisões políticas, mas também no sentido da acessibilidade plena de todos à esfera de decisão política.

52. "O novo enfoque...", *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 44/22.

53. V., neste sentido, Bresser Pereira, "Da Administração Pública burocrática à gerencial", *Revista do Serviço Público* 120/7-40, n. 1.

54. "En síntesis, el nuevo Derecho Administrativo tiene que asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un ápice el ápice en la defensa hasta ahora montada de los derechos individuales" (cf. Manuel María Díez, *Manual...*, p. 30).

55. Neste sentido, bastante interessante é o raciocínio desenvolvido por Renato Janine Ribeiro no sentido de chamar a atenção para a necessidade de considerarmos o indivíduo não só como cidadão, mas também como consumidor e contribuinte. Daí por que – entendemos – os interesses públicos a serem preservados pelo poder político compreendem não só aqueles típicos à cidadania, mas devem envolver os aspectos relacionados com a participação desigual dos indivíduos nas relações de consumo e na repartição dos ônus de financiamento do Estado ("A Esquerda e o consumo", *Folha de S. Paulo* 10.1.1997, p. I-3).

Esta acessibilidade, veremos já, tampouco pode ser vista sob o ângulo meramente formal, e dependerá de vários pressupostos, entre eles a crescente procedimentalização da atividade administrativa.

19. A essa altura parece-nos pertinente recorrer a uma imagem para melhor divisar o papel do poder político na perspectiva de um *Estado republicizado*. E o fazemos recorrendo à célebre imagem que associa o poder político à idéia do sinalheiro de trânsito. Tal figura de linguagem, é verdade, reproduz uma simplificação exagerada dos processos políticos. Mesmo disso sabedores, cremos ser, ainda assim, conveniente a ela recorrer.

19.1 A perspectiva do poder político clássico inerente ao Estado Moderno, em sua acepção liberal, aproximar-se-ia do sinalheiro de trânsito tradicional. Com seus comandos binários de ande/pare, impostos a partir de uma programação singela e indiferente às necessidades do tráfego (tempo x para a via A , vs. tempo y para a via B). Aos circulantes – veículos ou pedestres – cumpriria adaptar-se às determinações semafóricas, observando a determinação binária pare/ande. Ou, então, sujeitar-se à sanção cominada para o descumprimento da ordem simbólica.

Este tipo de semáforo somente seria utilizado nos poucos cruzamentos em que fosse imprescindível tal regulação. Fora destes inexistiria qualquer ordenação, prevalecendo a maior capacidade de um veículo de passar antes do outro.

O problema que se punha neste modelo de ordenação é que, imposta de forma unilateral e autoritária, ela teria uma baixíssima capacidade de se adaptar às variações do tráfego. Daí que, em situações-limite, haveria tal incompatibilidade entre a sinalização e o volume de tráfego numa e noutra via que os condutores passariam a desconsiderar o semáforo, fazendo valer a maior destreza do motorista ou, simplesmente, o tamanho mesmo do veículo que se insinuasse através do cruzamento.

19.2 Neste contexto desenvolve-se um novo tipo de sinalização semafórica. Ainda dependente do comando binário pare/ande, mas com capacidade de ler volume de tráfego e, assim, adaptar estes comandos às necessidades dos condutores. Porém, esta *capacidade de leitura* é limitada, e entra em colapso diante da complexidade destas necessidades (que mudam rapidamente) e do surgimento de variáveis imponderáveis (um caminhão de 20m de comprimento é considerado um veículo, independentemente de demorar cinco vezes mais para atravessar o cruzamento).

O aumento e a complexização destas necessidades (demandas) levam ao colapso dos mecanismos de *leitura* deste sinaleiro mais sofisticado, reduzindo-o, no médio prazo, a um simples sinaleiro tradicional.

19.3 A realidade contemporânea, fruto dos processos que acima divisamos, tende a levar a um discurso da *auto-regulação* ou da desregulamentação. Na nossa imagem, seria como se os semáforos fossem substituídos por cruzamentos circulares. Nestes, as vias de acesso desembocam em um amplo espaço, no centro do qual constrói-se um grande canteiro circular que impede a travessia radial dos veículos. Nesta imagem a ordenação da circulação é determinada pela autocomposição dos veículos que cheguem ao cruzamento, forçando mecanismos de conciliação e ordenação pautados por uma racionalidade complexa (não-binária) do tipo “após a vez dos veículos A, B e D será a minha vez, porquanto isso é razoável”.

19.4 Dois grandes problemas emergem desta perspectiva de auto-regulação ou de desregulação e nos fazem acreditar na necessidade de um novo modelo (*republicação do Estado*).

19.4.1 O primeiro problema acerca-se da suspeita de que essa racionalidade complexa facilmente tende a ser substituída por um individualismo cínico. Abusando da imagem automobilística, esse individualismo se revelaria pelo fato de que a longa carreta há pouco aludida pode simplesmente impor sua condição diferenciada (tamanho) e o temor que suscita nos demais integrantes do sistema, para irromper o cruzamento circular e fazer prevalecer seu interesse particularístico (prioridade na passagem). Do mesmo modo, nada – a menos da ilusão na razoabilidade humana – leva a crer que, neste mecanismo de auto-regulação, os trafegantes dessem prioridade a um veículo de emergência. Assim, neste primeiro quadrante, quer-nos parecer que os mecanismos de auto-regulação trazem o risco da prevalência da vontade do mais forte, inviabilizando-se como sistema racional.

19.4.2 Porém, ainda que assim não fosse, há uma outra circunstância que nos leva a concluir pela incompatibilidade destes mecanismos de auto-regulação com a perspectiva democrática. É que eles são concebidos apenas para aqueles que se apresentam incluídos no sistema, sendo inviáveis àqueles que não estão integrados. Ainda na nossa imagem, mesmo que a racionalidade complexa se efetivasse e o sistema de cruzamento circular se revelasse exitoso, tal êxito só atenderia àqueles dotados de um veículo, pequeno ou grande. Deste sistema não se aproveitariam – a menos que mais uma vez dependêssemos da bondade humana, algo que refoge o campo da cogitação política ou juri-

dica – os pedestres, ciclistas, ou seja, aqueles que não estivessem incluídos numa estrutura capacitada a ter interlocução com o sistema (v.g., os excluídos).

Óbvio está, aqui, a aproximação entre a imagem dos “sem-veículo” com os interesses daqueles que não se encontram integrados aos mecanismos de representação coletiva (ou seja, os interesses dos excluídos das conformações corporativas, associativas, grupais etc.).

19.5 A perspectiva de *republicação do Estado* deve reconhecer os méritos do cruzamento circular. Não intenta a volta ao semáforo binário, mesmo porque fazê-lo não asseguraria qualquer efetividade na mediação dos veículos, nem tampouco proteção dos pedestres. Ao *Estado republicado* caberia estar presente no cruzamento para, sem interferir no processo de auto-organização, intervir sempre que nele adviessem distorções reveladas na impossibilidade de travessia de um pedestre ou na excessiva prioridade dos veículos mais rápidos ou pesados.

Todavia, esta presença não se traduziria, por óbvio, na necessidade de estabelecimento de uma frota de ônibus blindados estatais para permitir que os pedestres atravessassem o cruzamento. A atuação do poder político revelar-se-ia, portanto, a partir de uma perspectiva regulatória (inclusive com mecanismos de coerção), mas legitimada a partir de uma afinada capacidade de se aperceber das necessidades do fluxo de veículos de uma ou de outra via.

20. A essa altura, poder-se-ia cogitar que o modelo de Estado aqui cogitado implicaria a “construção de uma grande Idade Média”,⁵⁶ a edificação de uma “forma neomedieval de ordem política”,⁵⁷ ou que ele nos reportaria à “perspectiva de uma regulação de caráter ‘neofeudal’”.⁵⁸ É considerável a ponderação de André-Noël Roth, que, diante da constatação do debilitamento dos elementos que conformavam o modelo de Estado Moderno, tende a significar “a emergência de uma forma de neofeudalismo”.⁵⁹

56. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto...*, 3ª ed., p. 95.

57. Hedley Bull, *The Anarchical Society*, pp. 254-255, apud David Held, “A Democracia, o Estado-Nação e o sistema global”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 23/180.

58. José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., 3ª tir., p. 325.

59. “O Direito em crise: fim do Estado Moderno”, in José Eduardo Faria (org.), *Direito e Globalização Econômica*, 1ª ed., 2ª tir., p. 26.

Contudo, a perspectiva de um *Estado republicizado*, em que pese pressupor a aceitação do convívio com os diversos pólos de poder internos e externos às suas fronteiras territoriais, não nos parece levar necessariamente à emergência de uma configuração neofeudal. Ao menos não se efetivados os pressupostos acima alinhavados.

Em primeiro lugar, a relativização da soberania dos Estados Nacionais hoje vivenciada não faz emergir (como ocorria no ocaso do Medievo) pólos efetivos detentores de soberania externa (como ocorria com o Papa) e interna (v.g., os senhores feudais). A fragmentação e a desterritorialização do poder – fenômenos contemporâneos marcantes, como visto – levam à configuração de uma trama de poderes muito mais complexa e mutável, a qual, embora faça frágil a soberania estatal, não faz propriamente emergir “soberanias locais ou supranacionais”.⁶⁰ Nas palavras de David Held, ainda que a noção de soberania esteja deslocada e relativizada, “mesmo que concentrações maciças de poder formem-se e reformem-se no interior de muitos Estados, tais concentrações com frequência apóiam-se sobre domínios fragmentados de autoridade política, e articulam-se com eles. [Estados]”.⁶¹

De outro lado, ao se afirmar como tutor dos *interesses públicos difusos*, afortunadamente, o poder político abandona a interlocução apenas com os supostos pólos de soberania dispersos, passando a construir canais de comunicação com aqueles que não se encontram “dentro dos muros dos feudos contemporâneos”. A articulação do poder político, num Estado republicizado, com os interesses e necessidades dos excluídos da fragmentária configuração contemporânea dos grupos de interesse evitaria a emergência do caráter perigosamente *neofeudal* apontado pelos autores acima citados.

60. Certo é que, aqui, não estamos abordando o poder desproporcional dos EUA como única potência mundial no âmbito militar. E desconsideramos esta dimensão exatamente porque (i) tal fato nos reportaria a uma discussão acerca da inexistência, algum dia, de soberania por parte dos países periféricos, posto que estes nunca detiveram poderio bélico significativo a ponto de se afirmar externamente no prisma militar; (ii) a utilização do poderio bélico americano não se tem mostrado isenta das mediações no âmbito das organizações internacionais; (iii) os próprios EUA acabam por ter que se submeter a instâncias de mediação e negociação internacionais (em que pese à sua preponderância neste cenário), como revela a recente discussão com a CEE acerca da importação de bananas; (iv) ainda que preponderante no âmbito internacional, o Estado Nacional Americano também se vê submetido aos processos de fragilização interna de sua soberania, como tem revelado, fartamente, a literatura americana acerca da capacidade regulatória daquele Estado.

61. David Held, “A Democracia...”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 23/181.

Se o soberano, no ocaso do medievo, era o *primo inter paris*, coloca-se agora, no ocaso da Modernidade, a perspectiva de o Estado assumir um papel de *primo inter impares*, a partir da sua atuação não só como árbitro privilegiado, mas como protetor dos desagregados, dos excluídos dos centros de poder.

21. Em suma, refletir sobre a perspectiva de republicização do Estado permite colocar os eixos de discussão fora do debate irresignado ou conformista diante das realidades acima divisadas.

21.1 Reconhecer que a noção de soberania se encontra seriamente comprometida pelos processos de internacionalização e fragmentação não significa perder de vista a importância do Estado enquanto tutor de *interesses públicos difusos*.

21.2 Verificar a erosão das fronteiras entre as esferas pública e privada coloca num segundo plano a questão das fronteiras entre Política e Economia e entre Direito Público e Direito Privado.⁶² Enseja que o poder político tanto se utilize de institutos jurídicos do mundo privado como, também, lance mão de instrumentos regulatórios próprios do juspublicismo para equilibrar relações tipicamente privadas (que envolvam hipossuficiência de alguma parcela dispersa da sociedade), como freqüentemente ocorre no Direito do Consumidor ou no Direito da Concorrência.

22. Contudo, o que estes processos de erosão dos pressupostos do Estado Moderno acarretam é a inviabilidade de o *Estado republicizado* atuar na perspectiva autoritária, unilateral, impositiva, indiferente à interlocução e à mediação com os diversos *interesses especiais* dos atores sociais.

Implica, pois – a perspectiva de *republicização* – uma abertura constante do sistema político e, via de conseqüência, do sistema jurídico para os centros de interesse (internos e externos) enredados em cada conjuntura que demande a ação do poder político. Inobstante, a interlocução e a permeabilidade não podem significar a renúncia ao exercício do poder decisório, mormente no que toca à tutela dos *interesses públicos difusos*. E a manutenção dessa capacidade decisória, parece-nos, depende diretamente da existência de oposição de interesses na sociedade.

62. “Na verdade, pode dizer-se que houve um fenômeno de ‘compenetração’ desses dois domínios e parece-me inevitável reconhecer que estes movimentos de ‘aproximação e interligação dos dois domínios’ levam a situações de ‘miscelânea’ que acabam por dificultar ainda mais a distinção e que, de qualquer modo, foi sempre polêmica” (cf. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, p. 361).

Deveras. É exatamente da complexidade dos conflitos sociais e do poder de pressão dos diversos interesses existentes na sociedade que será reforçada a necessidade de mediação e de decisão por parte do poder político. Neste sentido, a *republicização do Estado* aproxima-se de um certo *hobbesianismo às avessas*, pois retira do tensionamento das relações sociais a legitimação para atuar como poder decisório nas situações-limite.

Essa nova configuração do Estado, parece-nos claro, implica a construção de todo um novo modelo de Administração Pública.

V.3 A Administração Pública na perspectiva do “Estado republicizado”

23. Não se coloca mais para o Direito Administrativo apenas o desafio de regradar a atividade administrativa de molde a proteger o administrado dos abusos do Poder Público – função que lhe acometera o modelo liberal. Tampouco se restringe a seara administrativa ao temário da forma de implementar e operacionalizar as políticas públicas, as ações sociais, ou, mesmo, prestar serviços públicos – funções que foram agregadas ao Direito Público pelo advento do Estado Intervencionista (ou de Bem-Estar Social).

O mesmo Estado que deixa de explorar atividade econômica passa a ser exigido para garantir condições mínimas de competição, coibindo a concentração econômica.⁶³ Este mesmo Estado, que impõe restrições ao uso de propriedade por razões urbanísticas e ambientais, passa a se utilizar de mecanismos inovadores com vistas à preservação destes patrimônios. Mais ainda: este Estado passa a ser exigido em sua atividade regulatória também no tocante a serviços sociais, não necessariamente tidos como serviços públicos.

O contexto de um *Estado republicizado* impõe novos desafios aos ramos do Direito atinentes à atividade administrativa – desafios, estes, no âmbito dos quais é imperioso ter clara a mudança na noção de interesse público.

23.1 Impende, por um lado, verificar como a *Administração* pode assumir um *papel prevalecte de mediador das relações privadas* que

63. V., a esse respeito, Enrico Adriano Reffaelli, “Oligopolio e normativa anti-trust”, e Claus Ehlermann, “The evolution in relations between the EC Commission and national antitrust authorities”, ambos in *Antritrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, respectivamente pp. 29-54 e 55-69.

emergem com força determinante nas diversas esferas da vida social. Trata-se, aqui, do campo da mediação de interesses.

23.2 De outro lado, cumpre redefinir as fronteiras e os instrumentos de intervenção regulatória do Poder Público. Desenvolvendo-se todo um cabedal de mecanismos aptos a ordenar a extensa gama de atividades de interesse social que – envolvendo significativo interesse das coletividades – são ou passam a ser realizadas pelos agentes privados.

Aqui se coloca todo o rol de normas referentes à gestão das empresas estatais privatizadas, dos serviços públicos concedidos ou permitidos, dos serviços que antes se caracterizavam como serviços públicos e passam a ser prestados – complementar, mas predominantemente – por agentes privados, o que faz o Direito Administrativo se aproximar de ramos jurídicos relativamente novos, como o Direito do Consumidor.⁶⁴

Coloca-se aqui também a regulamentação de atividades que, embora não se caracterizem como utilidades públicas, envolvem *interesses públicos difusos*, como acima expusemos. Referimo-nos, aqui, aos quadrantes da atividade de intervenção regulatória do Estado.

23.3 Há ainda a necessidade de enfocar os *novos métodos de gestão da Administração Pública* – métodos, estes, que implicam alteração profunda do *modus operandi* administrativo. Aqui, abre-se a discussão acerca das novas políticas de gestão pública; das mudanças na relação com os servidores públicos – por exemplo, no atinente à relação do Poder Público frente ao tema do contrato coletivo de trabalho no setor público; das alternativas de procedimentos para a aquisição de bens e de serviços que fujam da formalidade extrema dos estatutos de licitações, ou a discussão em torno de modalidades criativas para financiamento dos empreendimentos e cometimentos públicos, o que impõe uma profunda revisão do regime dos bens públicos e do instituto da desapropriação.

64. A esse propósito, brilhante e oportuna é a análise desenvolvida por Alberto do Amaral Jr. (*Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, p. 107), na qual o autor refere o surgimento do Direito do Consumidor ao advento de poderes estruturados no âmbito da sociedade – privado, portanto –, e em especial o poder das grandes estruturas de produção, de distribuição de bens e das grandes organizações empresariais. Adotando esta linha de raciocínio, podemos certamente sustentar que alguns desdobramentos do Direito Administrativo Moderno se aproximam do paradigma jurídico subjacente à afirmação do Direito do Consumidor como um ramo quase autônomo no Direito.

23.4 Por fim, coloca-se a necessidade de se *pautar novas esferas de atuação da Administração Pública*, tangida por demandas que desbordam os limites do poder do Estado Nacional – como, por exemplo, no que tange à matéria da proteção ambiental ou do patrimônio cultural. Nestes campos – como tem demonstrado a discussão hodierna nos organismos supranacionais – a atividade administrativa não tutela interesses de uma coletividade só local ou nacional, mas muita vez atua como protetora de interesses da Humanidade.

24. Em resumo, o dimensionamento do aparato administrativo de modo a fazer frente ao processo de *republicização* do Estado deveria se pautar por cinco linhas vetoriais, a saber: (i) o fortalecimento do papel regulador do Estado; (ii) seu redimensionamento de modo a preservar na sua alçada as atividades que envolvam a efetivação de interesses públicos revestidos de hipossuficiência social; (iii) sua permeabilidade e interconexão com todos os interesses públicos (especiais e difusos);⁶⁵ (iv) a permanente transparência e motivação no exercício da mediação e da efetivação de interesses públicos; e (v) a permanente sujeição da atividade estatal aos mecanismos de controle judicial e social.

A mudança do modelo de Estado e de Administração Pública importa, é óbvio, um novo paradigma de Direito Administrativo. Também aqui não nos parece razoável imaginar que se estaria a desenvolvê-lo. Porém, há alguns vetores que já se mostram bastante claros, e que convém nuançar.

V.4 Lineamentos de um novo paradigma de Direito Administrativo

25. Agustín Gordillo não é apenas um dos melhores doutrinadores do Direito Administrativo deste século. É um incomparável frasista. Diz ele que “o Direito Administrativo, igual ao corpo humano, assiste a um processo de catabolismo e anabolismo de suas células: vão-se destruindo as células que foram viventes de um sistema, e vão-se cons-

65. “A relação de Direito Administrativo tornou-se, pois, muito freqüentemente, uma relação plurípessoal, mudança que está obviamente ligada à democratização da defesa dos interesses públicos, difusos e coletivos perante o Poder Judiciário e às novas formas de Democracia participativa na tomada de decisões do Estado, quando no exercício da função administrativa, como ocorre sobretudo nas matérias relacionadas ao meio ambiente” (Almiro do Couto e Silva, “O indivíduo e o Estado na realização de tarefas públicas”, *RDA* 209/70).

truindo em seu lugar novas células que não só constituem novo alento de vida, mas também um novo corpo, um novo sistema”.⁶⁶

Vivemos um processo de substituição de princípios e pressupostos que constituíam o velho paradigma de Direito Administrativo. Anteriormente, mormente no Capítulo II, esforçamo-nos em tentar demonstrar o quanto o paradigma de Direito Administrativo Moderno depende da perspectiva autoritária do modelo de Estado ao qual corresponde. Se assim é, parece óbvia a inadaptabilidade deste paradigma à perspectiva de *Estado republicizado* que insinuamos nas linhas logo acima.⁶⁷

Tal qual Gordillo, entendemos que o novo paradigma já se insinua aqui ou acolá. Embora não se possa afirmar que se vive já num novo quadro de publicismo, cremos já poder vislumbrar as tais “células que dão o novo alento de vida”. Certo é que analisar todas estas *células* refugiria em muito do âmbito deste já longo trabalho. Porém, cremos que várias destas *células* podem ser enfocadas se voltarmos essa nossa última análise para estudar o fenômeno – um tanto recente entre nós – do surgimento de entes reguladores autônomos ou agências reguladoras. Em torno delas verificamos a presença de vários dos fatores que apontam para a emergência de um novo paradigma de administrativismo.⁶⁸

26. Por certo, a existência de órgãos públicos encarregados de fiscalizar ou regulamentar determinado setor da economia ou em especial atividades que envolvam utilidades públicas não constitui inovação revolucionária. No Direito Americano trata-se de fenômeno ancestral.⁶⁹ Entre nós, Bilac Pinto propugnava pela existência de comissões

66. “Os contratos administrativos na hora atual”, *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 8/16.

67. Como afirma Joan Prats y Catalá: “O Direito Administrativo deve se tornar, necessariamente, mais complexo e plural (...) e assumir o risco da fragmentação derivado da nova racionalidade e o desafio de encontrar novas formas e mecanismos de integração” (“Direito e gerenciamento nas Administrações Públicas – Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas”, *Revista do Serviço Público* 120/38, n. 2).

68. Não estamos a dizer que estes entes são o centro do novo paradigma. Como visto no item imediatamente anterior, o redimensionamento da Administração Pública compreende muitas outras facetas que não poderiam ser simplesmente traduzidas em agências. Contudo, vislumbramos impossível pensar num novo modelo de Direito Administrativo que passe ao largo destes órgãos reguladores independentes. Ao menos a experiência recente no Direito Administrativo Europeu Ocidental aponta neste sentido.

69. As agências reguladoras são bastante antigas no Direito Americano, constituindo um eixo central do Direito Administrativo naquele país. Efetivamente, a primei-

de fiscalização e controle para os serviços de utilidade pública já no início da década de 40.⁷⁰

Contudo, tomamos os entes reguladores autônomos como eixo de indicação dos lineamentos do novo paradigma não por conta de seu caráter novidadeiro, mas, basicamente, por quatro razões.

26.1 A uma, porque a multiplicação destes entes, não só no Brasil como também na Europa, revela claramente os efeitos das transformações que estão a ocorrer no Estado e na sociedade e deles em face do Direito Público.

26.2 A duas, porque tal ângulo de análise nos permite bem divisar a função de regulação que entendemos constituir o núcleo do Estado republicado.⁷¹

26.3 A três, porque a partir do enfoque dos órgãos reguladores se verifica nitidamente a dupla função do poder político que há pouco prenunciávamos: a mediação de interesses públicos especiais e, concomitantemente, a promoção e proteção de interesses públicos difusos.

26.4 Por fim, e principalmente, porque em torno destes organismos (ou agências) se apresentam várias das linhas-mestras das transformações em curso nos parâmetros que constituíam o arcabouço jurídico do paradigma anterior.

Vejamos cada um destes fatores.

27. Não deixa de ser ilustrativo que – como aponta Vital Moreira – um dos primeiros atos advindos da Revolução Francesa tenha sido a abolição das corporações e sua conseqüente proibição por meio da Lei *Le Chapelier*.⁷² O caráter ilustrativo não se prende à proximidade entre a emergência e difusão dos entes reguladores autônomos e as corporações de ofício. Prende-se – isto, sim – à coincidência existente entre a construção da modernidade política e a supressão das instâncias de mediação de interesses entre o Estado e a sociedade. Nos dizeres da Lei *Le*

ra agência reguladora nos EUA, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), foi instituída em 1887, sendo certo também que tais entidades ganharam enorme relevância após o *New Deal*. Acerca das agências no Direito Americano, v. as obras célebres: Robert E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*, 1972, e Marver H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, 1955. V. também Alfred C. Aman Jr. (*Administrative Law in a Global Era*, 1992) que estabelece uma interessante periodização acerca das agências reguladoras nos EUA.

70. Cf. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, p. 59.

71. V. Giampaolo Rossi, “Pubblico e privato nell’economia di fine secolo”, in Sandro Amoroso (org.), *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*, pp. 223-253.

72. Vital Moreira, *Auto-Regulamentação...*, p. 11.

Chapelier, tratava-se de erradicar a possibilidade de entes que produzissem “regulamentos sobre seus pretensos interesses comuns” e inspi-rassem “interesses intermediários” separados da “coisa pública”.⁷³

A emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente à necessidade do poder político de constituir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que reveste o intervencionismo hodierno (intervenção reguladora).⁷⁴

Ainda que não se traduzam em corporações de ofício pré-moder-nas, as autoridades reguladoras autônomas caracterizam-se como espaços privilegiados de mediação e interlocução com as *corporações contemporâneas*, assim entendidos os grupos de interesse cada vez mais numerosos, complexos, articulados e relevantes no cenário nacional e internacional, como demonstramos anteriormente. Neste contexto, revelam-se mais adequados como espaços de mediação de conflitos que os espaços tradicionais do Parlamento, do Judiciário e, mesmo, dos organismos centrais do Executivo, como abaixo indicaremos.

A partir dos fenômenos de relativização da soberania do Estado Nacional e de separação da dicotomia público/privado, a instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar (i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cabente num contexto de Estado Soberano) e (ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses embatentes num dado setor da economia ou da sociedade a um só tempo permeável aos interesses públicos especiais (permeável à esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (mantenedora da razão de ser da esfera pública).

Mais ainda, a introdução das agências como autoridades independentes permite a construção, nos vários setores da economia e da sociedade que imprescindem de regulação de caráter público,⁷⁵ de

73. Vital Moreira, *idem*, *ibidem*.

74. Para uma análise crítica da perspectiva aqui esposada, no campo específico das telecomunicações, v. Robert Britt Horwitz, *The Irony of Regulatory Reform*, 1989. Embora o autor teça críticas à perspectiva regulatória, ele reconhece os riscos de uma política de *deregulation* como aquela levada a cabo nos EUA nos governos Reagan (pp. 292 e ss.).

75. Designação que utilizamos para diferenciar da auto-regulação, que refoge ao nosso interesse imediato, porquanto não guarda relação com o aqui desenvolvido.

subsistemas de normatização e de mediação dotados de conceitos, princípios, códigos técnicos e procedimentos adequados às especialidades de cada um destes setores. Permitem, portanto, um papel de especialização funcional e de capacitação técnica que se faz imperativo à luz da complexização, da internacionalização⁷⁶ e da fragmentação que marcam os tempos hodiernos.

28. De outro lado, parece-nos que as agências são um exemplo bastante nítido da função de regulação que entendemos constituir o núcleo do Estado republicado. Para demonstrá-lo, não poderia ser mais feliz a citação de um autor que exerce grande influência na formulação das perspectivas por nós divisadas para o Estado. Deveras, a definição oferecida por Philip Selznick para regulação, afora aproximar-se daquela que temos adotado, aponta para o papel destes entes no quadro do Estado aqui propugnado. Diz o sociólogo que “por *regulação* deve entender-se um controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública, sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social”.⁷⁷

Efetivamente, são os órgãos reguladores autônomos (ou seja, aqueles que exercem a competência regulatória que lhes foi outorgada pela lei com autonomia em relações às ingerências políticas dos Poderes do Estado) os instrumentos que melhor podem exercer uma função regulatória nos lindes indicados por Selznick. Isso porque sua independência os torna menos atrelados ao curso das políticas governamentais e muito mais dependentes da permanente comunicação com o setor específico objeto da sua atividade regulatória.⁷⁸

Não se está a dizer que o *Estado republicado* se configura como uma constelação de agências independentes. Porém, será no âmbito destes entes que melhor podemos divisar elementos que configuram aquele processo de *republicação* antes exposto.

Se tomarmos por base a capacidade do poder político de manter uma permanente interlocução dos setores da sociedade envolvidos

76. Para uma análise da importância destas agências no contexto de globalização econômica, v. Alfred C. Aman Jr., *Administrative Law...*, pp. 125-130 e, com foco nos setores específicos de regulação, pp. 131 e ss.

77. Philip Selznick, “Focusing organizational research on regulation”, *Regulatory Policies and the Social Sciences*, 1985.

78. Acerca da importância da *democratização* nas relações entre autoridade regulatória independente e os diversos atores sociais envolvidos, tendo por foco de análise o Banco Central, v. Maria das Graças Rua, “A independência do Banco Central: administração ou política?”, in Eli Diniz e Sérgio de Azevedo, *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*, pp. 143-170.

com uma – nas palavras de Selznick – “atividade à qual uma comunidade atribui relevância social”, constataremos que a manifestação do poder político em agências permite, de forma destacada, o estabelecimento destes canais intercomunicantes. Quer pela proximidade com os diversos setores envolvidos, quer pela facilidade de comunicação (domínio dos códigos e pressupostos próprios a um dado setor da economia ou da sociedade), quer, ainda, pela capacidade de especialização num segmento específico do jogo econômico, todos estes fatores facilitam sobretudo a sensibilidade frente às necessidades e possibilidades dos interesses enredados.

De outro lado, se tomarmos por base o traço do intervencionismo indireto (capacidade regulatória), constataremos que a configuração das autoridades independentes reflete exatamente o processo de nuclearização do poder político de que falávamos.⁷⁹ Revelam-se como o instrumento mais adequado à passagem do Estado Intervencionista para um Estado Regulador. Porém numa perspectiva de regulação que não descarta a proteção e promoção dos interesses públicos difusos – dimensão que, ao nosso ver, diferencia o *Estado republicado* dos diversos modelos neoliberais.

Isso porque permite que se dicotomize o poder político em duas vertentes complementares: uma, remanescente nas esferas da Administração Central, que se incumbe da formulação e do planejamento das políticas públicas voltadas à promoção dos interesses públicos difusos, ou seja, a reduzir e equalizar as hipossuficiências sociais; outra, transferida aos entes reguladores, que compreende a fiscalização, a normatização, a composição de interesses especiais e a proteção dos interesses coletivos.

A independência destes entes ou destas agências revela-se, então, essencial, como bem aponta Filippo Longo.⁸⁰ Tal essencialidade decorre da necessidade de, muita vez, exercer a mediação e a proteção de interesses públicos primários contra interesses estatais (que poderiam ser tomados, aqui, como interesses públicos secundários, na acepção de Renato Alessi, antes longamente referida).

Embora as políticas públicas – formuladas mormente no âmbito da Administração Central, via núcleo executivo ou Parlamento – permaneçam sendo um poderoso instrumento de redução das hipossu-

79. Cf. Luisa Torchia, *Il Controllo Pubblico della Finanza Privata*, 1992.

80. “Ragioni e modalità dell’istituzione delle autorità indipendenti”, in S. Casse-
se e C. Franchini, *L’Amministrazione Pubblica Italiana*, pp. 14-15.

ficiências, muita vez a proteção de interesses públicos difusos tem que se dar contra o governo, opondo o órgão regulador a uma dada política governamental.

Daí por que o traço de independência da autoridade regulatória se mostra tão aderente à idéia de *Estado republicado*.⁸¹

29. É, porém, na relação com os *interesses públicos* que talvez se revele mais fortemente a importância das agências reguladoras nos dias de hoje. Parece-nos que será nestes espaços que melhor se poderá efetivar a dupla relação que se impõe ao poder político exercer frente aos interesses públicos: a mediação de interesses públicos especiais e, concomitantemente, a proteção de interesses públicos difusos.

Isso porque cumpre a esses entes justamente a dupla função de arbitrar os interesses dos diversos setores sujeitos à regulação específica e, paralelamente, tutelar os interesses difusos enredados na sua atividade.⁸²

É fato que todos os campos em que se faz necessária a incidência da atividade regulatória (até por conta da “relevância social” referida por Selznick em sua definição) envolvem elevado grau de conflituosidade e conflitividade.⁸³ Mais do que opor interesses especiais, os campos de regulação necessária envolvem interesses públicos difusos, quer relacionados com os consumidores, usuários de serviços,⁸⁴ população sem acesso a alguma utilidade pública, ou mesmo os interesses genéricos correlacionados à proteção ambiental, redução de desigualdades, e outros tantos.

Se não se põe possível ao Estado impor unilateralmente condicionamentos ou regras que menosprezem os interesses especiais dos

81. Cf. Alberto Massera, “La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti”, in S. Cassese e C. Franchini, *L'Amministrazione Pubblica Italiana*, pp. 39-40.

82. Ronaldo Porto Macedo Jr., analisando a questão sob o prisma do Direito do Consumidor, sustenta a existência de um “direito à proteção regulatória”, de natureza não meramente subjetiva, afirmando que, “à medida que o Direito contemporâneo vai assumindo um caráter auto-reflexivo e procedimental, o processo de negociação e balanceamento de tais critérios e limites torna-se também político, de vez que a justiça acaba por se tornar um compromisso sempre instável e sujeito à revisão de interesses organizados” (*Contratos Relacionais...*, p. 301).

83. V., a esse respeito, William T. Gormley Jr., *The Politics of Public Utility Regulation*, pp. 212 e ss.

84. V. Filippo Patroni Griffi, *Tipi di Autorità Indipendenti*, in S. Cassese e C. Franchini (orgs.), *I Garanti delle Regole*, p. 27.

atores sociais e econômicos, vimos também que não pode o Poder Público renunciar à tutela dos interesses dos hipossuficientes. Assim, a calibragem entre as duas dimensões terá como espaço privilegiado a instância dos órgãos reguladores capacitados para realizar aquilo que anteriormente denominamos de *mediação ativa*.

Esse papel vem traduzido com inusual felicidade por Luisa Torchia, expoente da nova escola de Direito Administrativo Italiano. Embora um pouco longa, a coincidência da reflexão com o nosso ponto de vista e seu pleno ajustamento ao que ora expomos obrigam-nos a transcrever o raciocínio, sem traduzi-lo, para não distorcê-lo: “Il Diritto Amministrativo Italiano costruito sulla pietra angolare dell’interesse pubblico (statale) come interesse generale del quale l’attività amministrativa era esplicazione e attualizzazione, ha imparato a convivere con tanti interessi pubblici (non più solo statali), i quali vengono composti e ponderati fra loro e con gli interessi privati: l’interesse generale non è più archetipo, ma un risultato”.⁸⁵

E conclui: “Ci si può chiedere la configurazione di interessi pubblici riflessi, la cui base sostantiva si trova sempre nella parità fra soggetti, non possa essere il primo passo per *una nuova definizione del concetto di interessi generali, come interessi pertinenti ad una serie indeterminata e aperta di soggetti, affidato alla cura di un Potere Pubblico nuovo, almeno per l’ordinamento italiano, come le autorità indipendenti*”.⁸⁶

Ocupam, também ao nosso ver, os entes regulatórios, constituídos como autoridades independentes, um papel central no contexto de pluralidade de interesses públicos e na perspectiva que vislumbramos para o exercício do poder público neste final de século.

30. A quarta e última dimensão que aponta para a importância das agências reguladoras para a construção de um novo paradigma de administrativismo decorre do fato de que na sua construção institucional e no devir da sua atuação desvelam-se vários dos pontos de esgarçamento do velho paradigma. No âmbito do presente trabalho cumpre apenas apontá-los.

30.1 O primeiro deles refere-se à tripartição de Poderes. Aponta Cláudio Franchini, com grande pertinência, que: “Em definitivo, a afirmação da autoridade independente, e, em particular, a circunstância de

85. Luisa Torchia, “Gli interesse affidati alla cura delle autorità indipendenti”, in S. Cassese e C. Franchini (orgs.), *I Garanti delle Regole*, p. 66.

86. Idem, *ibidem*, p. 67 (grifos nossos).

que ela dispõe, ao mesmo tempo, de poderes normativos, administrativos e de decidir conflitos, tem resultado ainda mais complicada sua alocação organizacional nos Poderes Públicos dos ordenamentos contemporâneos. (...) Nesta situação, resulta impossível colocar a autoridade em questão dentro do âmbito de um dos Poderes tradicionais do Estado".⁸⁷

O fato é que os órgãos reguladores assumem, por força da própria natureza da atividade regulatória, uma feição que não se amolda à clássica tripartição de Poderes. Tal circunstância já podia ser divisada na formulação de Bilac Pinto há pouco citada.⁸⁸ Com extrema lucidez, aludia ele ao fato de que as tais comissões deveriam ser autarquias ligadas à Presidência da República com poderes "semijurisdicionais, administrativos e normativos" e constituídas por peritos e juristas com elevado "sentido público". Indicado já estava, portanto, que, no exercício da atividade regulatória, os entes dela encarregados têm de exercer atividades constitucionalmente reservadas a cada um dos Poderes.

Ao mediar e arbitrar os diversos interesses enredados na atividade regulatória as agências exercitam uma atividade que poderia ser conotada como própria ao Poder Judiciário. Na feliz formulação de Bilac Pinto, "semijurisdicionais". Bem verdade que não afastam as funções do Judiciário (uma vez que, em regra, resta incólume o recurso à tutela jurisdicional aos interessados). Porém, exercem no âmbito do subsistema regulado uma função de elevada especialização e complexidade técnicas, o que as transforma em *locus privilegiado* pelos grupos de interesse para dirimência de seus conflitos.

De outro lado, embora não sejam estes entes os núcleos formuladores das políticas públicas para o setor regulado (função que, nos países de maior tradição de agências, fica reservada à Administração Central), é inegável que a ação regulatória envolve não só a concretização destas políticas, como também reporta-lhes uma certa margem construtiva neste sentido. Basta dizer que sua atuação, num sentido de *mediação ativa*, de proteção e de promoção (nos limites das políticas governamentais) de *interesses públicos difusos*, caracteriza, obviamente, uma dimensão política irrenunciável.

Por fim, a manifestação mais clara da intercorrência destes entes reguladores com a tripartição de Poderes refere-se à sua interface com

87. "Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove", in S. Cassese e C. Franchini (orgs.), *I Garanti delle Regole*, p. 79.

88. Cf. *Regulamentação Efetiva...*, 1941.

o Poder Legislativo. Ela se revela no fato de subjazer à atividade regulatória um caráter notadamente normativo (regulamentar). Como ensina Muñoz Machado, "as comissões reguladoras dos diferentes setores econômicos compartilham a tarefa normativa, em diferente grau, com o legislador, que estabelece os princípios de ordenação (...)".⁸⁹ Daí serem freqüentes as críticas no sentido de que a atividade das agências caracterizaria indevida invasão nas funções legislativas⁹⁰ do Parlamento.

A dificuldade de amoldamento das chamadas *autoridades administrativas independentes* à clássica tripartição de Poderes revela-se ainda em outras diversas questões constitucionais relacionadas às competências do Chefe do Executivo, como por exemplo o exercício da atividade de regulamentação das leis (art. 84, IV, da CF) ou a direção superior da Administração Pública (art. 84, II, da CF).⁹¹

89. *Servicio Público...*, pp. 290-291.

90. Temos para nós que se o ente regulador foi criado por lei, e se esta delegou formalmente os poderes de regulamentação de um dado setor da economia (saúde, energia, telecomunicações etc.) ou de um determinado subsistema jurídico (proteção à ordem econômica, consumidor etc.), inexistirá invasão de competência legislativa no exercício pelo órgão regulador da sua competência para editar normas e regulamentos que dêem contextura jurídica aos princípios contidos na respectiva lei, a qual deve definir as competências do ente regulador e precisar os *standards* mínimos de sua atividade. Aliás, no nosso ordenamento constitucional o controle desse exercício deve ser, preferencialmente, exercido pelo Poder Legislativo, como prescreve o art. 49, V, da Constituição ("Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa"). Ainda que se possa discutir se os órgãos reguladores independentes sejam ou não enquadráveis como parte do Poder Executivo, não nos parece duvidoso que ao Legislativo caberá sustar atos que invadam sua função precípua.

91. De nossa parte, temos sustentado ser necessário distinguir duas ordens de órgãos reguladores em face da Constituição para abordagem destas questões. De uma lado – sustentamos – estão os *órgãos reguladores de natureza constitucional* (a Agência Nacional de Telecomunicações – art. 21, XI, da CF – e a Agência Nacional de Petróleo – art. 177, § 2º, III, da CF). De outro estão os *órgãos reguladores criados exclusivamente por lei* (como ocorre, entre outras, com a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a Câmara de Saúde Suplementar etc.). Há que se referir também uma terceira classe, que designamos de *órgãos reguladores de natureza constitucional imprópria*, ou seja, aqueles que encontram referência no texto constitucional só que sem designação expressa da sua constituição como *órgão regulador em sentido próprio* (caso do Banco Central – art. 192, IV – e da Superintendência de Seguros Privados – art. 192, II, ambos da CF). Para o que aqui importa, entendemos que os órgãos com previsão constitucional diferem dos demais, pois sua inserção anômala na tripartição de Poderes deve ser vista como uma inovação do constituinte que, sem violar a separação de Poderes (pois que aí *estariamos diante de emenda constitucional inconstitucional* – cf. art. 60, § 4º, III, da CF), preconizou um regime jurídico próprio, amoldado às necessidades hodiernas da atividade regulatória.

30.2 Quase que diretamente relacionada com a dificuldade que a figura da autoridade reguladora independente tem com a tripartição de Poderes, emerge a questão da suposta colidência com o princípio da legalidade.

Deveras, na medida em que se coloca intrínseco ao órgão regulador o exercício de uma forte atividade regulamentadora, interconectada com as especificidades e complexidades próprias ao âmbito de sua regulação, advém a incompatibilidade desta atividade com o pressuposto de vinculação estrita da atividade administrativa à lei. A incompatibilidade exposta aqui com relação à legalidade decorre, justamente, do caráter de mediação e de articulação que os órgãos reguladores cumprem em face dos diversos interesses públicos enredados em sua atividade.⁹² Disso advém uma enorme dificuldade em operar dentro dos padrões rígidos e hierarquizados do Positivismo Jurídico e do cânone da legalidade, centrais ao paradigma até então vigente.⁹³

Dai um observador atento e prospectivo dos fenômenos vividos pelo Direito Administrativo vaticinar que efetivamente o princípio da legalidade (como, de resto, também a separação dos Poderes) parece estar posto em xeque. Só que isso não leva ao perecimento do Direito Administrativo, pois – diz ele – “o que caracteriza o Direito Administrativo é a submissão da Administração ao Direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo Nacional”.⁹⁴ No mesmo sentido vem Sabino Cassese ao observar que as autoridades independentes não perdem seu caráter de legitimidade, estando subordinadas não ao princípio da legalidade, mas apenas à *règle de Droit*.⁹⁵

O fato é que a atuação destes órgãos reguladores reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade – crise, esta, que não decorre meramente do fenômeno do surgimento das agências, mas da própria

92. Cf. Paolo Caretti, “Tendenze evolutive dei poteri di direzione dell’Amministrazione: alcune esperienze a confronto”, in Paolo Caretti e Ugo de Siervo, *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell’Amministrazione*, pp. 21-22.

93. Como assevera Paolo Caretti, “verso un sistema non chiuso, ma tendenzialmente aperto alle nuove acquisizioni che le esigenze concrete poste dall’esercizio della funzione di governo determinano, verso un sistema in cui la ricerca della sede ottimale di mediazione degli interessi, in vista di un risultato da conseguire, non consente una rigida applicazione del criterio gerarchico” (Paolo Caretti e Ugo de Siervo, *Potere Regolamentare...*, p. 21).

94. “A Administração Pública na era do Direito Global”, in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.), *Direito Global*, pp. 166-167.

95. Sabino Cassese e Claudio Franchini (orgs.), *I Garantiti...*, p. 221.

profusão de fontes normativas, como acima expusemos. Operar neste contexto impõe aos administrativistas desafios abissais – mas que, inobstante, já têm sido enfrentados, como demonstra a construção do princípio da preferência alinhavado por Alessandro Pizzorusso.⁹⁶

30.3 Outro elemento que parece ser imprescindível para a construção de um novo modelo de Direito Administrativo e que, de certa forma, podemos ver pontuado nas mais recentes experiências de agências regulatórias diz respeito à permeabilidade destes órgãos para a sociedade. Esta permeabilidade, parece-nos óbvio, revela-se frontalmente contrária ao pressuposto unilateral e autoritário que caracterizava o velho paradigma.

Como já afirmamos, constitui pressuposto da existência destes entes a sua capacidade de interlocução com os diversos atores enredados na atividade regulatória. Nas palavras de Ernesto Sticchi Damiani: “O confronto de colaboração entre interesses públicos parece assim poder determinar, para além dos efeitos de clarificação próprios de toda operação dialética, um recíproco controle que se realiza entre os detentores dos poderes correspondentes, levando a uma ação administrativa mais transparente e aberta”.⁹⁷

Sem a capacidade de interlocução com os diversos interesses enredados em sua atividade restaria inviabilizado o exercício da regulação, pois se retornaria à unilateralidade do exercício do poder político, e, conseqüentemente, estaria reaberta a separação que leva à inviabilização da atividade regulatória.

Porém, para que tal permeabilidade se torne possível faz-se necessária a introdução de instrumentos jurídicos voltados à transparência da atividade regulatória. Como bem lembra Gaspar Ariño Ortiz, um dos mais lúcidos administrativistas contemporâneos: “O procedimento de um ente regulador deve ser antes de tudo transparente, informal, aberto à informação do público, com decisão final suficientemente motivada. (...). Mais ainda, a função do regulador não é tanto de impor-se aos regulados, mas sim convencer, persuadir, levar as partes a uma terminação convencional, na medida do que for possível” –

96. O autor italiano, analisando contemporaneamente o princípio da legalidade, observa que “nei rapporti fra attività normative primarie ed attività normative secondarie, deve osservarsi il principio di preferenza della legge” (“La nuova disciplina del poter regolamentare prevista dalla Legge 400/1988”, in Paolo Caretti e Ugo de Siervo, *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell’Amministrazione*, p. 259).

97. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*, p. 4.

porquanto nem sempre se porá possível uma única solução justa (dada a inexistência de um interesse público singular) e quase sempre “há que se articular uma composição de interesses contrapostos, uma transação, uma arbitragem”.⁹⁸

Inúmeros instrumentos apontam para a ampliação da alvitada transparência no devir administrativo. Cada um ensejaria uma dissertação à parte. Três deles, contudo, merecem referência.

30.3.1 O primeiro toca à instituição de mecanismos efetivos de participação dos indivíduos⁹⁹ e grupos na atividade regulatória. Tal institucionalização pode se dar por inúmeras formas, das quais destacamos¹⁰⁰ a instituição de consultas públicas obrigatórias no exercício da atividade normativa,¹⁰¹ a publicidade radical de todos os atos e procedimentos praticados pelo ente; e a adoção de mecanismos independentes e institucionalizados de aferição e consulta aos setores organizados.

O fato é que, como anteriormente dito, somente através da crescente elevação e do aperfeiçoamento da participação dos cidadãos e dos diversos grupos sociais no processo de manifestação do poder político é que se poderá pensar numa perspectiva de *republicização* do Estado.¹⁰² No exercício da atividade dos órgãos reguladores autônomos isto se põe ainda mais nevrálgico, pois que só por meio da radicalização dos mecanismos participativos é que será possível (i) evitar que o poder político seja colonizado por interesses especiais ou apropriado por interesses particularísticos; (ii) ampliar a gama de interesses

98. Gaspar Ariño Ortiz, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, in Gaspar Ariño Ortiz e outros, *El Nuevo Servicio Público*, pp. 49-50.

99. V., neste sentido, Luciano Parejo Alfonso (“La administración, función pública”, in Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arevalo (orgs.), *El Derecho Público de Finales de Siglo*, p. 302), que advoga expressamente que a participação institucionalizada do cidadão se faz ainda mais importante “particularmente en los [espacios decisórios] de alta complejidad y sensibilidad sociales, en los que se hacen múltiples intereses contradictorios”.

100. V., neste sentido, Marcos Augusto Perez, *Institutos de Participação Popular na Administração Pública*, 1999. V., ainda: Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, “Participação popular no controle ambiental”, *Revista de Informação Legislativa* 104/331-336; e Clêmeron Merlin Clève, “O cidadão, a Administração Pública e a nova Constituição”, *Revista de Informação Legislativa* 106/91-98.

101. A esse respeito, v. Agustín Gordillo, *Después de la Reforma del Estado*, pp. I-29 e ss.

102. V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Participação popular na Administração Pública”, *RTDP* 1/127-139.

difusos tuteláveis pelos respectivos órgãos; e (iii) estabelecer amplamente os canais de comunicação com a sociedade, sem os quais perderia a atividade regulatória nos quadrantes que acima divisamos.¹⁰³

30.3.2 O segundo instrumento toca à necessidade primacial de procedimentalização¹⁰⁴ da atividade do órgão regulador como mecanismo apto, de um lado, a evitar a arbitrariedade no exercício da atividade regulatória e, de outro, a apresentar claramente aos cidadãos os meios, métodos e fluxos pelos quais seus interesses são sopesados, compostos, privilegiados ou relativizados.¹⁰⁵

A exigência da fixação de claros procedimentos para o devir administrativo defluiu diretamente da ruptura do paradigma autoritário de Direito Administrativo. Como assevera Colaço Antunes, “a ação da Administração desenvolve-se por essa razão de modo espontâneo no campo da paridade essencial de relações com o cidadão, caindo por terra os princípios-mito, corolário dessa imperatividade. A função do procedimento no moderno Estado Administrativo não é tanto a defesa do indivíduo (...), mas é sobretudo o de canalizar e resolver racional e dialogicamente os potenciais conflitos sociais entre a sociedade e o Estado, de constituir o elemento essencial da legitimação de uma Administração democrática e eficaz”.¹⁰⁶

Ao mesmo tempo em que se faz necessária a flexibilização do exercício do poder político, faz-se imperiosa a precisão dos meios pelos quais ele será exercido.¹⁰⁷ Somente assim – ou seja, somente den-

103. Interessante a observação de Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, que, analisando a questão à luz da proteção ambiental, afirma que “chegar aos limites extremos da participação pelos canais institucionais e, com criatividade, otimizar os recursos informais de participação popular são, portanto, um imperativo para podermos reequacionar o desequilíbrio causado pela força da acumulação capitalista existente” (“Participação Popular...”, *Revista de Informação Legislativa* 104/331-336).

104. Ver Giuseppe Palma, *Itinerari di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 257 e ss. Ver ainda Aldo Sandulli, “Il Procedimento Amministrativo”, in *L'Amministrazione Pubblica Italiana*, cit., pp. 113 a 135.

105. Nas abalizadas palavras de David Duarte: “O procedimento administrativo, como estrutura de integração de interesses, faz ressaltar o equilíbrio entre os dois pólos procedimentais e a unidade do procedimento. Fatos e interesses, na sua relação de acessoriedade, são do mesmo modo objeto da instrução e da decisão” (*Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, p. 105).

106. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*, p. 80. V. também J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 766.

107. V. Carlos Ari Sundfeld, “A importância do procedimento administrativo”, *RDP* 20/64-74, n. 84, e “Procedimento administrativo de competição”, *RDP* 20/114-119, n. 83.

tro de claros parâmetros para o exercício do poder político – é que se coloca aferível e contrastável a tarefa de mediação de interesses públicos inerente à Administração Pública contemporânea. A imprescindibilidade atual de se caminhar no sentido de uma crescente explicitação do modo pelo qual atua o administrador é umbilicalmente ligada ao esgarçamento do caráter homogêneo e singular do interesse público.

A relação deste ponto com a erosão do velho paradigma parece-nos incontroversa. O crescimento da tese da procedimentalização, com albergue inclusive no Direito Positivo,¹⁰⁸ deriva da aceitação da existência de interesses públicos em confronto. Tanto isso é verdade que emerge robusta a construção de uma processualidade no Direito Administrativo, a qual vem irreparavelmente exposta por Odete Medauar: “Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o Poder Público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado”.¹⁰⁹

Se assim é no tocante à Administração Pública como um todo, mais fortemente ainda será no tocante aos órgãos reguladores autônomos. Somente pela observância de parâmetros processuais ou procedimentais claros, previamente estabelecidos, é que se pode acreditar que *i garanti delle regole* estarão agindo em observância ao Direito.

30.3.3 O último traço imprescindível para que se tenha assegurada a transparência (elemento, ao nosso ver, essencial ao novo paradigma), refere-se aos mecanismos de controle da atividade regulatória. Como pondera Giannini, o controle constitui traço essencial na atividade de composição operativa de interesses públicos.¹¹⁰

108. Dignas de nota são duas recentes manifestações legislativas no sentido do estabelecimento de verdadeiros *Códigos de Procedimento Administrativo* para a Administração Pública. Em 30 de dezembro de 1998 foi editada no Estado de São Paulo a Lei 10.177, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual”. Já em 1º de fevereiro de 1999 fez-se editar a Lei federal 9.784, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Embora possuam diferenças aqui ou ali, os dois textos refletem claramente a preocupação com a posição pró-ativa do indivíduo frente à Administração Pública. Contudo, ambos os textos traem o vezo da velha concepção de interesse público, deixando transparecer sua singularidade e absolutez (cf. art. 4º da lei estadual e art. 2º, parágrafo único, VI, do diploma federal).

109. *A Processualidade no Direito Administrativo*, p. 67.

110. “Controllo: nozioni e problemi”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/1.274.

Sem o aperfeiçoamento e o aprofundamento dos mecanismos de controle torna-se inconcebível o processo de *republicização* do poder político. Porém, este controle, mormente no tocante à atividade dos órgãos reguladores, não pode ser exercido dentro das bitolas formais e retrospectivas típicas do velho paradigma.

Os novos e imprescindíveis mecanismos de controle devem, ao nosso ver, envolver não só o imprescindível controle jurisdicional da atividade, mas têm que compreender também (i) mecanismos de controle social por parte da sociedade como um todo; (ii) instrumentos que tornem obrigatório o dever de prestar contas periódicas da atividade regulatória tanto ao Legislativo quanto ao Executivo; (iii) a responsabilização pessoal dos agentes reguladores pelo atendimento das metas regulatórias fixadas, especialmente aquelas referenciadas à defesa dos interesses públicos difusos.

31. Em suma, enxergamos no modelo de órgãos reguladores independentes elementos que permitem alguma sinalização do que seria um Direito Administrativo mais próximo das necessidades do Estado e da sociedade contemporâneos. Claro que este modelo tem vantagens e desvantagens em face daquele com que nos acostumamos a lidar.¹¹¹ No nosso entender, porém, o saldo conta a favor do novo.

32. Os lineamentos acima expostos, antes de caracterizar um rol de soluções, prenotam um plexo de desafios. Vivemos, por certo, um momento de mudança, que demandará para as próximas décadas um enorme esforço dos administrativistas e dos publicistas. Este esforço – repetimos – somente poderá ser produtor se soubermos enfrentar as transformações que estão na base e que, de uma maneira ou de outra, ditam a pauta retroenunciada.

Mas, afinal, como já disse o grande romancista russo que nos dá a epígrafe do presente trabalho, “não enterramos no solo ramos de bétula; plantamos arvorezinhas novas que precisam de ser tratadas com cuidado”. Nem que para isso tenhamos que – destemida, mas conscientemente – rever as instituições.

111. Correta parece-nos ser a análise de Vital Moreira. Diz ele que o modelo das agências reguladoras apresenta vantagens e desvantagens sobre a regulação estatal clássica. Arrola como vantagens “proporcionar a especialização e o recurso a especialistas e personalidades independentes; evitar um envolvimento do governo e permitir a atenuação de sua responsabilidade política; flexibilizar e conferir celeridade de ação; agilizar as formas de participação dos interessados na tomada de decisões; conseguir auto-suficiência financeira”. No plano das desvantagens, arrola: “o período da ‘captura’ do organismo regulador pelos regulados; a falta de *accountability* perante o Congresso e perante o público; o perigo de criação de *vested interests* por parte dos dirigentes nomeados” (cf. *Auto-Regulamentação Profissional...*, p. 49).

BIBLIOGRAFIA

- AARINO, Aulis, e TUORI, Kaarlo (orgs.). *Law, Morality and Discursive Rationality*. Helsinki, Department of Public Law/Un. of Helsinki, 1989.
- AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. *Controle Social de Serviços Públicos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1998.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. t. I. Barcelona, Technos, 1970.
- _____. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1966.
- _____. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milão, Giuffrè, 1960.
- ALFONSO, Luciano Parejo. "La Administración, función publica". In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e AREVALO, Manuel Clavero (orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madri, Fund. BBV/Civitas, 1997 (pp. 289-303).
- ALVES, Alaor Caffé. *Estado e Ideologia*. São Paulo, Brasiliense, 1987.
- ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo, Perspectiva, 1994.
- AMAN JR., Alfred C. *Administrative Law in a Global Era*. Ithaca, Cornell University Press, 1992.
- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo, Ed. RT, 1995.
- AMOROSINO, Sandro (org.). *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1995.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*. Madri, Tecnos, s/d.
- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo, Brasiliense, 1986.
- _____. *Passagens da Antiguidade ao Feudalismo*. 4ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1992.

- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 1989.
- APPADURAI, Arjun. "Soberania sem territorialidade". *Novos Estudos CEBRAP* 49/39. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento (CEBRAP), novembro de 1997.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. "A nova Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/99-114. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1996.
- _____. "Os princípios administrativos na Constituição de 1998". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* dezembro de 1990 (pp. 133-145).
- ARENDE, Hannah. *Entre Passado e Futuro*. São Paulo, Perspectiva, 1972.
- AREVALO, Manuel Clavero, e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madrid, Fund. BBV/Civitas, 1997.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, e outros. *El Nuevo Servicio Público*. Madri, Marcial Pons, 1997.
- ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. Rio de Janeiro, Contraponto, 1994.
- ARRUDA CÂMARA, Jacintho de. *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- ASSUMPÇÃO, Antônio. "O Estado contemporâneo – Aspectos formais". *RDP* 14/155-165. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1970.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- ATIENZA, J. C., e HERRERA, M. A. García. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madri, Tecnos, 1988.
- AZEVEDO, Sérgio de, e DINIZ, Eli. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília, UnB, 1997.
- AZEVEDO MARQUES, Floriano. "O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 10/40-45. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março de 1995.
- _____. *Os Regimes Autoritários no Cone Sul sob a Óptica do Direito*. v. 1. São Paulo, FAPESP, mimeo, 1991.
- _____. "Reestruturação do setor postal brasileiro". *RTDP* 19/149-169. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- _____, e outros. *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.
- BAILEY, Stephen. "O interesse público: alguns dilemas funcionais". in FRIEDRICH, Carl J. (org.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Contrato administrativo – Equilíbrio financeiro – Indenização". *RDA* 177/125. Rio de Janeiro, Renovar.

- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- _____. "Estado y Democracia: la integración supranacional". In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e AREVALO, Manuel Clavero (orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madri, Fund. BBV/Civitas, 1997.
- _____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., 9ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. "A personalidade do Estado". *RDP* 7/21-34. São Paulo, Ed. RT.
- _____. "Conceito de Direito Administrativo". *Revista da Universidade Católica de São Paulo* XXVII/36. São Paulo, PUC/SP, 1964.
- _____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. I. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- _____. "Sociedade e Estado". *RDP* 15/43-52. São Paulo, Ed. RT, janeiro-março de 1971.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 19/7-36. São Paulo, Ed. RT, abril-junho de 1997.
- BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, e ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario*. Milão, Franco Angeli, 1996.
- BARCELLONA, Pietro. *Dallo Stato Sociale allo Stato Imaginario*. Turim, Bolati Boringhieri, 1994.
- _____. *Lo Spazio della Politica*. Roma, Editori Riuniti, 1993.
- _____, e CANTARO, Antonio. "El Estado Social entre crisis y reestructuración". In: ATIENZA, J. C., e HERRERA, M. A. García. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madri, Tecnos, 1988.
- BARROS, Alberto Ribeiro de. *A Teoria da Soberania de Jean Bodin*. Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo, novembro de 1992.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e Contrato*. Piracicaba, UNIMEP, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. "A intervenção do Estado no domínio econômico". *Boletim de Direito Administrativo* 8/507-515. São Paulo, NDJ, agosto de 1997.
- BASCIU, Maurizio (org.). *Crisi e Metamorfosi de la Sovranità*. Milão, Giuffrè, 1996.
- BASLÉ, Louis. "La signification des privatisations à l'Est et à l'Ouest: quelques remarques introductives". In: CHEVALLIER, Jacques (org.). *Public/Privé*. Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- BASSI, Franco. "Note sulla discrizionalità amministrativa". In AMOROSINO, Sandro (org.). *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1995.
- BATISTA JR., Paulo Nogueira. "O círculo de giz da globalização". *Novos Estudos CEBRAP* 49/85-97. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, novembro de 1997.

- BAUER, Hartmut. *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? – Rechtsreformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer Zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik*. Berlim, Duncker und Humboldt, 1992.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga. “Viagem pela realidade imaginária”. *Carta Capital* 21.8.1996 (p. 35).
- _____, e GRAU, Eros Roberto. “A corrupção no Brasil”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 80. 1995.
- BENDERSKY, Joseph W. *Carl Schmitt, Teorico del “Reich”*. Bolonha, Il Mulino, 1989.
- BENDIX, Reinhard. *Max Weber, um Perfil Intelectual*. Brasília, UnB, 1986.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. “Os direitos humanos como valor universal”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 34/179-188. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1994.
- BENJAMIN, Antônio Herman. “A insurreição da Aldeia Global”. In: MILARÉ, Édís (org.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Dez Anos Depois*. São Paulo, Ed. RT, 1995.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*. Londres, The Athlone Press, 1970.
- BERGALLI, Roberto (org.). *El Derecho y sus Realidades*. Barcelona, PPU, 1989.
- BERNINI, Ana Maria. *Intervento Statale e Privatizzazioni*. Pádua, CEDAM, 1996.
- BERNSTEIN, Marver H. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton, Princeton University Press, 1955.
- BIDET, Jacques. *Teoría de la Modernidad*. Buenos Aires, Letra Buena, 1993.
- BILAC PINTO. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro, Forense, 1941.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.
- _____. *Il Positivismo Giuridico*. Turim, G. Giappichelli Editore, 1964.
- _____. *O Tempo da Memória*. Rio de Janeiro, Campus, 1997.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo, Polis, 1989.
- _____, e outros. *Dicionário de Política*. Brasília, UnB, 1986.
- BODIN. *Les Six Livres de la Republique*. 12ª ed. Paris, Scientia Verlag Aalen, 1977.
- BONVECCHIO, Claudio. “Lo Stato e il sovrano nazionale”. In: BASCIU, Maurizio (org.). *Crisi e Metamorfosi de la Sovranità*. Milão, Giuffrè, 1996.
- BOYER, Robert. “Alternativas ao fordismo: uma análise provisória”. *Revista de Ciências Sociais* 35. Coimbra, 1992.
- BRAUDEL, Fernand. *A Dinâmica do Capitalismo*. 2ª ed. Lisboa, Teorema, 1986.
- _____. *O Mediterrâneo e o Mundo Mediterrâneo na Época de Felipe II*. Lisboa, Martins Fontes, 1984.

- BRAVO, Gian Mario, e MALANDRINO, Corrado. *Profilo di Storia del Pensiero Politico*. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994.
- BRUM TORRES, João Carlos. *Figuras do Estado Moderno*. São Paulo, Brasiliense, 1988.
- BULL, Hedley. *The Anarchical Society*. Londres, McMillan, 1977.
- CÂMARA SETORIAL DA REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Brasília, Imprensa Oficial, 1995.
- CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. “Participação popular no controle ambiental”. *Revista de Informação Legislativa* 104/331-336. Ano 26. Brasília, Senado Federal, outubro-dezembro de 1989.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “A representação política e o Direito Moderno”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* 49/98-107. São Paulo, Brasiliense, primavera de 1988.
- _____. *Direito e Democracia*. São Paulo, Max Limonad, 1997.
- _____. *Direito e Democracia: a Regra de Maioria como Critério de Legitimação Política*. Tese para a obtenção do título de Doutor pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1991.
- _____. *Representação Política e Ordem Jurídica*. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1987.
- _____. “Teoria do Direito e globalização econômica”. In: SUNDFELD, Carlos Ari, e VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- CAMPOS, Roberto. “Parem o mundo que eu quero saltar...”. *Folha de S. Paulo* 2.7.1996 (p. A-4).
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra, Almedina, 1991.
- _____. “Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo moralmente reflexivo”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 15/9. São Paulo, Ed RT, janeiro-março de 1996.
- CANTARO, Antonio, e BARCELLONA, Pietro. “El Estado Social entre crisis y reestructuración”. In: ATIENZA, J. C., e HERRERA, M. A. García. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madri, Tecnos, 1988.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Los Ciudadanos Siervos*. Madri, Trotta, 1993.
- CAPELLER, Wanda. In: *Tribuna do Direito* outubro de 1994 (p. 20).
- CAPITULA, Sueli Solange. “Interesse público – Princípio constitucional implícito”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 17. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1996.

- CARCASSONNE, Guy (org.). *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- CARCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madri, Trotta, 1998.
- CARDOSO DE MELLO, João Manuel. "A nova ordem mundial e o Brasil: entre o fascismo de mercado e a democratização do Estado". *Presença - Revista de Política e Cultura* 18. Junho de 1992.
- CARETTI, Paolo, e SIERVO, Ugo de. *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*. Bolonha, Il Mulino, 1991.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo, LTr, 1996.
- CASSESE, Sabino. "Fortuna e decadenza della nozione di Stato". *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*. v. 1, 1988.
- _____. "L'organizzazione amministrativa". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* II/382. 1995.
- _____. *La Nuova Costituzione Economica*. Bari, Laterza, 1996.
- _____. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madri, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- _____. *Tendenze Recenti della Riforma Amministrativa in Europa*. Bolonha, Il Mulino, 1989.
- _____, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *I Garanti delle Regole*. Bolonha, Il Mulino, 1996.
- _____. *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- CAZZOLA, Giuliano. *Lo Stato Sociale tra Crisi e Riforme: il Caso Italia*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- CERRONI, Humberto. "Sobre la historicidad de la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público". *Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* 3/85-92. Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1997.
- CHABOD, Frederico. *L'Idea di Nazione*. Bari, Laterza, 1979.
- CHÂTELET, François. *Histoire des Idées Politiques*. Paris, Presses Universitaires de France, 1982.
- CHEVALLIER, Jacques. "A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público". *Revista do Serviço Público* 120, n. 3. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, setembro-dezembro de 1996.
- _____. (org.). *Public/Privé*. Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. Rio de Janeiro, Agir, 1976.
- _____. *L'Intérêt Général dans l'Administration Française*. Paris, RISA, 1975.
- CIMMA, Enrique Silva. "Estado y Democracia". In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e AREVALO, Manuel Clavero orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madri, Fund. BBV/Civitas, 1997 (pp. 47-57).

- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Licitação para Concessão de Serviço Público*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 2ª ed. Porto Alegre, Globo, 1939.
- CLARKE, Simon. "Crise do fordismo ou crise da Social-Democracia". *Lua Nova - Revista de Cultura e Política* 24/117 e ss. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, setembro de 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Elementos para um Discurso de Conceituação do Direito Administrativo*. Campinas, Julex, 1988.
- _____. "O cidadão, a Administração Pública e a nova Constituição". *Revista de Informação Legislativa* 106/91-98. Ano 27. Brasília, Senado Federal, abril-junho de 1990.
- COCOZZA, Francesco. *Diritto Comune delle Libertà in Europa*. Turim, G. Giappichelli Editore, 1994.
- COELHO, Fernando. *Fundações Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- COLM, Gerard. "O interesse público: chave essencial da política pública". In: FRIEDRICH, Carl J. (org.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo, Ed. RT, 1977.
- _____. "Para estrangeiro ver". *Folha de S. Paulo* 6.1.1998 (p. A-3).
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, e BARALDI, Claudio. *Luhmann in Glossario*. Milão, Franco Angeli, 1996.
- COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. "O novo enfoque do Banco Mundial sobre o Estado". *Lua Nova - Revista de Cultura e Política* 44/16-17. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1998.
- CUNHA, Ayres da. "O Governo interfere para atrapalhar". *Folha de S. Paulo* 18.5.1996 (p. I-3).
- CUSHMANN, Robert E. *The Independent Regulatory Commissions*. Nova York, Octagon Books, 1972.
- DAHL, Robert A. *I Dilemi della Democrazia Pluralista*. Milão, Arnoldo Mondadori Editore, 1988.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. "Controle do poder". Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional da OAB/SP, realizado na Faculdade de Direito da USP em setembro de 1989. *RDP* 94/176-180. São Paulo, Ed. RT, abril-junho de 1990.
- _____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985.
- _____. "Financiamento da Saúde". *Folha de S. Paulo* 4.9.1996 (p. 3).
- _____. "Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada". *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/9-15. Janeiro-março de 1987.

- _____. *O Futuro do Estado*. Dissertação de Concurso para Professor Titular, Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1972.
- _____. *O Poder dos Juizes*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*. Milão, Giuffrè, 1992.
- DE GIORGI, Rafaele. "Democracia, Estado e Direito na sociedade contemporânea". *Cadernos da Escola Legislativa* 2(4)/25. Belo Horizonte, julho-dezembro de 1995.
- DE LA CUEVA, Mario. *La Idea del Estado*. 4ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- DEBBASCH, Charles. *Administration et Administrés en Europe*. Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1984.
- DESWARTE, Marie-Pauline. "Intérêt générale, bien commun". *Revue du Droit Public et de la Science Politique* setembro-outubro de 1988. Paris.
- DEYER, Barbara, JOHN, Dewitt, KETTL, Donald F., e LOVAN, W. Robert. "What will new governance mean for the federal government". *Public Administration Review* 54/115-128, n. 2. Março-abril de 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 1994.
- _____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1991.
- _____. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 1989.
- _____. "O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos". *Boletim de Direito Administrativo* 9/586-590. São Paulo, NDJ, setembro de 1997.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 1996.
- _____. "Participação popular na Administração Pública". *RTDP* 1/127-139. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional – Instituições de Direito Público*. São Paulo, Ed. RT, 1984.
- DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. t. IV. Buenos Aires, 1969.
- _____. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1991.
- DIMENSTEIN, Gilberto. "Plano de saúde, a peste moderna". *Folha de S. Paulo* 15.5.1996 (p. A-12).
- DINIZ, Eli, e AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília, UnB, 1997.
- DOBB, Maurice, e SWEETZ, Paul. In: HILTON, Rodney (org.). *La Transición del Feudalismo al Capitalismo*. 5ª ed. Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- DOMÍNGUEZ, Nicolás González-Deleito, e MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa (coords.). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid, Civitas, 1996.

- DROMI, José Roberto. *Nuevo Estado, Nuevo Derecho*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- _____. "Renovación en el Derecho Público". In: CARCASSONNE, Guy (org.). *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra, Almedina, 1996.
- DUGUIT, Leon. *Manuel du Droit Constitutionnel*. Paris, E. de Boccard Éditeur, 1923.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. "Movimentos sociais: a construção da cidadania". *Novos Estudos CEBRAP* 10/28. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, outubro de 1984.
- EHLERMANN, Claus. "The evolution in relations between the EC Commission and national antitrust authorities". *Antritrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*. Milão, Giuffrè, 1996 (pp. 55-69).
- ELIAS, Paulo Eduardo. "Reforma ou contra-reforma na proteção social à saúde". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 40-41/214. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. 3ª ed., reimpr., v. I. Buenos Aires, Depalma, 1990.
- _____. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1989.
- ESPOSITO, Elena, BARALDI, Claudio, e CORSI, Giancarlo. *Luhmann in Glossario*. Milão, Franco Angeli, 1996.
- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra, Almedina, 1986.
- EWALD, François. "A concept of social law". In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlim/Nova York, Walter de Gruyter, 1995.
- _____. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, Vega, 1993.
- _____. *L'État Providence*. Paris, Bernard Grasset, 1986.
- FALCÃO, Joaquim, e SOUTO, Cláudio. *Sociologia e Direito*. São Paulo, Pioneira, 1980.
- FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*. 6ª ed., vs. 1 e 2. Porto Alegre, Globo, 1985.
- FARIA, José Eduardo. "A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica do idealismo jurídico". *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília, UnB, 1988.
- _____. "A nova Constituição e a reorganização jurídico-institucional do país". *Revista Nomos* 9-10(1-2).Fortaleza, 1990.

- _____. "Dilemas e desafios do Direito do Trabalho". *Revista do TRT-8ª Região* 27(53)/28-29. Belém, julho-dezembro de 1994.
- _____. *Direito, Modernização e Autoritarismo*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo, mimeo, 1991.
- _____. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- _____. *Direito e Globalização Econômica*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- _____. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Justiça e Conflito: os Juizes diante dos Novos Movimentos Sociais*. São Paulo, Ed. RT, 1992.
- _____. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- _____. *Os Novos Desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.
- _____. *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio de Janeiro, Graal, 1983.
- FARRANDO, Ismael. "Servicios públicos y privatizaciones: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994". *Actualidad en el Derecho Público* 7/147-168. Buenos Aires, *Ad-Hoc*, maio-agosto de 1998.
- FAUCHER, Philippe, e RIBEIRO, Maria T. "Desenvolvimento tecnológico: novos espaços de convergência entre o público e o privado". *Revista do Serviço Público* 119 (2-3)/29-54. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, maio-dezembro de 1995.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. "La sovranità nel mondo moderno: crisi e metamorfosi". In: BASCIU, Maurizio. *Crisi e Metamorfosi de la Sovranità*. Milão, Giuffrè, 1996.
- FERREIRA, Caio Márcio Marini. "Crise e reforma do Estado: uma questão de valorização do servidor". *Revista do Serviço Público* 120, n. 3. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, setembro-dezembro de 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- FIORINI, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- _____. *Poder de Polícia*. Buenos Aires, 1962.
- FLECHA DE LIMA, Paulo de Tarso. "Responder é preciso". *Folha de S. Paulo* 7.1.1995 (p. A-3).
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri, Civitas, 1958.

- FRANCHINI, Claudio. "Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *I Garantisti delle Regole*. Bolonha, Il Mulino, 1996.
- _____. *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- FREITAS, Juarez de. "O sistema de parceria entre os setores público e privado". *Boletim de Direito Administrativo* 5/327-330. São Paulo, NDJ, maio de 1997.
- FREUND, Julien. *Sociologie de Max Weber*. 3ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
- FRIEDRICH, Carl J. (org.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967.
- GAETANI, Francisco. "Gestão e avaliação de políticas e programas sociais: subsídios para discussão". *Texto para Discussão da Escola Nacional de Administração Pública* 14. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, s/d.
- GARCÍA, Pedro de Vega. "Dificultades y problemas para la construcción de la igualdad". In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (org.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madri, Marcial Pons, 1996.
- _____. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social". *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madri, Tecnos, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madri, Alianza Universidad, 1995.
- _____. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madri, Civitas, 1979.
- _____, e AREVALO, Manuel Clavero (orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madrid, Fund. BBV/Civitas, 1997.
- _____, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1990.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992.
- GAUDEMET, Yves, LAUBADÈRE, André de, e VENEZIA, Jean-Claude. *Traité de Droit Administratif*. 13ª ed., t. I. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- GELLNER, Ernest. *Naciones y Nacionalismo*. Buenos Aires, Alianza Universidad, 1991.
- GENRO, Tarso. "Uma estratégia socialista. Vinte teses em defesa de uma teoria democrática do Estado". *Folha de S. Paulo* 20.4.1997 (p. 3-5).
- _____. "A nova Esquerda e um novo Estado". *Folha de S. Paulo* 7.1.1996 (p. I-3).
- GIANNINI, Massimo Severo. "Controllo: nozioni e problemi". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3. Milão, Giuffrè, 1984.

- _____. *Diritto Amministrativo*. v. 2. Milão, Giuffrè, 1988.
- _____. *El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas*. Madri, Civitas, 1991.
- _____. *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*. Milão, Giuffrè, 1939.
- GIANNOTTI, José Arthur. "O público e o privado". *Folha de S. Paulo* 6.4.1995 (pp. 5-6) (O texto consta da coletânea *Saúde no Brasil: Retratos de uma Encruzilhada*, Salvador, Sarah Letras, 1995).
- GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1996.
- _____. "Las tendencias actuales del Derecho". In SOBRANES, José Luís (org.). *Tendencias Actuales del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- _____. "Os contratos administrativos na hora atual". *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 8/16-35. Curitiba, Genesis, março de 1996.
- _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2ª ed., ts. 1 e 2. Buenos Aires, Depalma.
- GORMLEY JR., William T. *The Politics of Public Utility Regulation*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1983.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, mimeo, 1990.
- _____. *La Doble Desestructuración y la Interpretación del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1998.
- _____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- _____, e BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. "A corrupção no Brasil". *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 80. 1995.
- GRAU, Nuria Cunill. "A rearticulação das relações Estado/Sociedade: em busca de novos significados". *Revista do Serviço Público* 120/113-137, n. 1. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, janeiro-abril de 1996.
- GRIFFI, Filippo Patroni. "Tipi di autorità indipendenti". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *I Garanti delle Regole*. Bolonha, Il Mulino, 1996.
- GRIFFITH, Ernest S. "Os fundamentos éticos do interesse público". In: FRIEDRICH, Carl J. (org.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1967.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "A problemática dos interesses difusos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo, Max Limonad, 1984.
- GUSHIKEN, Luiz, e JORGE, Eduardo. "Uma Federação Democrática mundial". *Folha de S. Paulo* 2.7.1996 (p. A-3).

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Madri, Santillana, 1993.
- _____. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. "O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização". *Novos Estudos CEBRAP* 43/99. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, novembro de 1995.
- _____. "Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público". *Novos Estudos CEBRAP* 26. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, julho de 1990.
- _____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. t. I. Madri, Taurus Ediciones.
- HEILMAN, J. G., e WATSON, D. J. "Publicization, privatization, synthesis, tradition: options for public/private configuration". *International Journal of Public Administration* 16/107-137, n. 1. 1993.
- HELD, David. "A Democracia, o Estado-Nação e o sistema global". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 23/145-194. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1991.
- HELLER, Herman. *La Soberanía*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- _____. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- HERRERA, M. A. García, e ATIENZA, J. C. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madri, Tecnos, 1988.
- HILTON, Rodney (org.). *La Transición del Feudalismo al Capitalismo*. 5ª ed. Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- HINTZE, Otto. "Dallo Stato Nazionalborghese allo Stato Impresa". In: RUFFILLI, Roberto (org.). *Crisi dello Stato e Storiografia Contemporanea*. Bolonha, Il Mulino, 1979.
- HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform*. Nova York, Oxford University Press, 1989.
- IANNI, Octávio. *A Sociedade Globalizada*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1993.
- _____. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.
- JEGER, Ernesto. "Parcerias público/privado". *Revista do Serviço Público* 120/165-180. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, janeiro-abril de 1996.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires, Albatros, 1943.
- JOHN, Dewitt, KETTL, Donald F., DEYER, Barbara, e LOVAN, W. Robert. "What will new governance mean for the federal government". *Public Administration Review* 54/115-128, n. 2. Março-abril de 1994.

- JORGE, Eduardo, e GUSHIKEN, Luiz. "Uma Federação Democrática mundial". *Folha de S. Paulo* 2.7.1996 (p. A-3).
- JOUVENEL, Bertrand de. *As Origens do Estado Moderno*. Rio de Janeiro, Zahar, 1976.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo, Dialética, 1997.
- KAMERMN, Sheila B., e KAHN, Alfred. *Privatization and the Welfare State*. Princeton, Princeton University Press, 1989.
- KENNEDY, Paul. "A ONU precisa sintonizar o futuro". *O Estado de S. Paulo* 2.7.1995.
- _____. *Preparando o Século XXI*. Rio de Janeiro, Campus, 1993.
- KETTL, Donald F., DEYER, Barbara, JOHN, Dewitt, e LOVAN, W. Robert. "What will new governance mean for the federal government". *Public Administration Review* 54/115-128, n. 2. Março-abril de 1994.
- KONDER, Leandro. *Hegel: a Razão Quase Enlouquecida*. Rio de Janeiro, Campus, 1991.
- KORTEN, David C. *When Corporations Rule the World*. West Hartford/Connecticut, Kumarian Press, 1996.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo, Perspectiva, 1990.
- LACHAUME, Jean-Françoise. *Grands Services Publics*. Paris, Masson, 1989.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Cia. das Letras, 1988.
- LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude, e GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. 13ª ed., t. I. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- LAZZARINI, Álvaro. "Limites do poder de polícia". *Boletim de Direito Administrativo* novembro de 1996. São Paulo, NDJ (pp. 724 e ss.).
- LECHNER, Norbert. "A modernidade e a modernização são compatíveis?". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 21/73-86. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, outubro de 1990.
- _____. "A reforma do Estado e negociação política". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 37/33-56. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1996.
- _____. "Estado, mercado e desenvolvimento na América Latina". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 28-29/241. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1993.
- _____. *Los Patios Interiores de la Democracia*. Santiago, Flacso, 1988.
- LEGUINA-VILLA, Jesús. "A Constituição Espanhola e a fuga do Direito Administrativo". *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado* 6/635. Curitiba, Genesis, setembro de 1995.

- LEONARDIS, Ota de. "A welfare mix". *Stato e Mercato* 46/51-76. Abril de 1996.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- LINZ, Juan. "An authoritarian regime: Spain". *Cleavages, Ideologies and Party Systems*. Helsink, Wastermack Society, s/d.
- _____. "Regimes autoritários". In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estado Autoritário e Movimentos Populares*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- LONGO, Filippo. "Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- LOPES, José Reinaldo Lima. "Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário". In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- LOSCHAK, Danièle. "Le Droit Administratif rempart contre l'arbitraire". *Pouvoirs* 46. 1988.
- LOVAN, W. Robert, DEYER, Barbara, JOHN, Dewitt, e KETTL, Donald F. "What will new governance mean for the federal government". *Public Administration Review* 54/115-128, n. 2. Março-abril de 1994.
- MABBOTT, J. D. *O Estado e o Cidadão*. Rio de Janeiro, Zahar, 1968.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Filosofia e Ciências e Letras da USP. São Paulo, mimeo, 1993.
- _____. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*. Madri, Civitas, 1998.
- MAIORANO, Jorge Luiz. "La Administración Pública y la reforma del Estado". *Revista de Informação Legislativa* 106/55-74. Ano 27. Brasília, Senado Federal, abril-junho de 1990.
- MALANDRINO, Corrado, e BRAVO, Gian Mario. *Profilo di Storia del Pensiero Politico*. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994.
- MANNHEIM, Karl. *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*. São Paulo, 1972.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. IV. Buenos Aires, 1973.
- MARIANO, Karina Lília P., VIEGA, João Paulo, e VIGEVANI, Tullio. "Realismo versus globalismo nas relações internacionais". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 34/5-25. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1994.
- MARRAFI, Marco (org.). *La Società Neo-Corporativa*. Bolonha, Il Mulino, 1981.

- MARTÍNES, Juan Miguel De La Cuétera. "Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa". In: ARIÑO ORTIZ, Garpar, e outros. *El Nuevo Servicio Público*. Madri, Marcial Pons, 1997 (pp. 57-105).
- MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa, e DOMÍNGUEZ, Nicolás González-Deleito (coords.). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madri, Civitas, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa* 112/13-32. Brasília, Senado Federal, outubro-dezembro de 1991.
- MASSERA, Alberto. "La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- MATEO, Ramón Martín. "La crisis del servicio publico". In: ATIENZA, J. C., e HERRERA, M. A. García. *Derecho y Economía en el Estado Social*. Madrid, Tecnos, 1988 (pp. 137-158).
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. v. I. Buenos Aires, Depalma, 1992.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1993.
- _____. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Ed. RT, 1996.
- _____. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Ed. RT, 1992.
- _____. "Poder de Polícia". *Boletim de Direito Administrativo* dezembro de 1996. São Paulo, NDJ (pp. 814 e ss.).
- MEIRA, Castro. "Globalização e Direito". *Boletim de Direito Administrativo* 7/415 e ss. São Paulo, NDJ, julho de 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Marcus André. "Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal". *Revista do Serviço Público* 120/67-82. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, janeiro-abril de 1996.
- MENDONÇA, Paulo Roberto. "O poder soberano em Thomas Hobbes". *Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ* 1/123-129. Rio de Janeiro, julho-dezembro de 1991.
- MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Madri, 1993.
- MESTRE, Jean-Louis. *Introduction Historique au Droit Administratif Français*. Paris, Presses Universitaires de France, 1985.
- MILARÉ, Édís (org.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões Dez Anos Depois*. São Paulo, Ed. RT, 1995.
- MIRANDA Jorge. "O direito de informação dos administrados". *O Direito* III-IV/457 e ss. Ano 120. 1988.
- MONTANER, Luís Cosculluela. *Manual de Derecho Administrativo*. 8ª ed. Madri, Civitas, 1997.

- MORÁN, David Pantoja. *La Idea de Soberanía en el Constitucionalismo Latinoamericano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973.
- MOREIRA, Vital. *Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*. Coimbra, Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos". *Boletim de Direito Administrativo* 2/76-81. São Paulo, NDJ, fevereiro de 1997.
- MORON, Miguel Sanchez. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Araña. "Reflections on the reform and modernization of the Public Administration". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/521-543. Milão, Giuffrè, 1996.
- NACCI, Paolo Giocoli. "Riflessioni e divagazioni in tema di legalità. Evoluzione e deviazioni nel funzionamento delle istituzioni". *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*. v. 2ª. Milão, Giuffrè, 1988.
- NAEF, Werner. *La Idea del Estado en la Edad Moderna*. Madri, Aguilar, 1973.
- NASSIF, Luiz. "A Encol é problema público". *Folha de S. Paulo* 29.8.1997 (pp. 3-4).
- NEGRETE, Alfonso Nava. "Las tendencias actuales del Derecho Administrativo". *Tendencias Actuales del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- NEGROPONTE, Nicholas. In: *O Estado de S. Paulo* 31.3.1996 (p. D-7).
- NEUMANN. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969.
- NEWHOUSE. "A ascensão do regionalismo europeu". *Foreign Affairs* 14.2.1997 (pp. 18 e ss.).
- NIGRO, Mario. *Giustizia Amministrativa*. Bolonha, Il Mulino, 1983.
- _____. "Il nodo della partecipazione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1/225 e ss., n. 1. 1980.
- NOCERA, Guglielmo. *Il Binomio Pubblico/Privato nella Storia del Diritto*. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.
- NOGUEIRA, Ataliba. "Perecimento do Estado". *RDP* 14/7-16. São Paulo, Ed. RT, 1970.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. "Governabilidade democrática progressiva". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 36/105-128. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995.
- _____. *Sobre o Estado e o Gestor Público de que se Necessita*. São Paulo, FUNDAP, mimeo, 1998.
- NONET, Philippe, e SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Nova York, Harper and Row, 1978.

- OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo, Brasiliense, 1994.
- _____. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.
- OLIVEIRA, Gesner de. "Globalização, abertura e concorrência". *Folha de S. Paulo* 6.6.1996 (p. A-3).
- ORTIZ, Renato. *A Moderna Tradição Brasileira (Cultura Brasileira e Indústria Cultural)*. São Paulo, Brasiliense, 1988.
- PALMA, Giuseppe. *Itinerari di Diritto Amministrativo*. Pádua, CEDAM, 1996.
- PALMIERI, Germano. *Elementi di Diritto Pubblico*. Milão, Pirola Editore, 1992.
- PAPAEFTHYMIOU, Sophia. "On the distinction between public and private law". In: AARINO, Aulis, e TUORI, Kaarlo (orgs.). *Law, Morality and Discursive Rationality*. Helsinki, Department of Public Law/Un. of Helsinki, 1989.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madri, Editora Ramón Areces, 1988.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "A Reforma do Estado nos Anos 90". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 45/49-95. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1998.
- _____. *Cidadania e "Res Publica": a Emergência dos Direitos Públicos*. Trabalho apresentado em seminário na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, dezembro de 1996.
- _____. "Da Administração Pública burocrática à gerencial". *Revista do Serviço Público* 120/7-40, n. 1. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, janeiro-abril de 1996.
- PERELMAN, Chaim. *L'Usage et l'Abus des Notions Confuses*. Logique et Analyse, 1978.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (org.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madri, Marcial Pons, 1996.
- PERROT, Michelle. "Public, privé et rapports de sexes". In: CHEVALIER, Jacques (org.). *Public/Privé*. Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- PIETRO, Ignacio Carrillo. "Algunas teorías actuales de la Teoría del Derecho". In: SOBRANES, José Luís. *Tendencias Actuales del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994 (pp. 78-86).
- PIMENTA, Aluísio. "Globalização, mundialização e planetarização". *Gazeta Mercantil* 14.10.1996.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estado Autoritário e Movimentos Populares*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- _____. "Transparência é preciso". *Folha de S. Paulo* 11.1.1995 (p. A-3).

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Max Limonad, 1996.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *El Concepto de Representación*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIVA, Giorgio. "L'amministratore pubblico nella società pluralista". *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*. v. 2º. Milão, Giuffrè, 1988.
- PIZZORUSSO, Alessandro. "Interesse pubblico e interessi pubblici". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* março de 1972 (pp. 57-87).
- _____. "La nuova disciplina del poter regolamentare prevista dalla Legge 400/1988". In: CARETTI, Paolo, e SIERVO, Ugo de. *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*. Bolonha, Il Mulino, 1991.
- POGGI, Gianfranco. *A Evolução do Estado Moderno*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1981.
- _____. *Lo Stato: Natura, Sviluppo, Prospettive*. Bolonha, Il Mulino, 1992.
- PORTANTEIRO, Juan Carlos. "La múltiple transformación del Estado Latinoamericano". *Nueva Sociedad* 104. Caracas, 1989.
- PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- PRATS Y CATALÁ, Joan. "Direito e gerenciamento nas Administrações Públicas – Notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas". *Revista do Serviço Público* 120/26, n. 2. Ano 47. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, maio-agosto de 1996.
- PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Teoría del Derecho*. Buenos Aires, Depalma, 1987.
- PUREZA, José Manuel. "Globalização e Direito Internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da Humanidade". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 30/73-89. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1993.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do "Desvio de Poder"*. Coimbra, Coimbra Editora.
- REALE, Miguel. "A sociedade civil e a idéia de Estado – O Estado da civilização cibernética". *RDA* abril-junho de 1996. Rio de Janeiro, Renovar (pp. 9-19).
- _____. "Ainda a sociedade civil e o Estado". *O Estado de S. Paulo* 9.3.1996 (p. 2).
- _____. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- REBUFFA, Giorgio. "La crisis de los modelos descriptivos del Derecho Público". In: BERGALLI, Roberto (org.). *El Derecho y sus Realidades*. Barcelona, PPU, 1989.

- REFFAELLI, Enrico Adriano. "Oligopolio e normativa antitrust". *Antritrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*. Milão, Giuffrè, 1996 (pp. 29-54).
- REICH, Norbert. "Intervenção do Estado na Economia (reflexões sobre a pós-modernidade na Teoria Jurídica)". *RDJ* 94/265-282. São Paulo, Ed. RT, abril-junho de 1990.
- _____. *Mercado y Derecho*. Barcelona, Ariel, 1985.
- REINICKE, Wolfgang H. "Políticas públicas globais". *Foreign Affairs*. Ed. Brasileira, *Gazeta Mercantil* 12.12.1997 (pp. 26-30)
- REIS, Sebastião Alves dos. "Uma visão do Direito, Direito Público e Direito Privado". *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* 21/12. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1997.
- RIBEIRO, Maria T., e FAUCHER, Philippe. "Desenvolvimento tecnológico: novos espaços de convergência entre o público e o privado". *Revista do Serviço Público* 119 (2-3)/29-54. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, maio-dezembro de 1995.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. "Dogmática Jurídica e a crise de legitimação do Estado Moderno". *Revista de Informação Legislativa* 102/117-124. Ano 26. Brasília, Senado Federal, abril-junho de 1989.
- RIBEIRO, Renato Janine. "A Esquerda e o consumo". *Folha de S. Paulo* 10.1.1997 (p. I-3).
- RICHER, Laurent. "Service public et intérêt privé". *Archives de Philosophie du Droit* 41/293-300. Paris, Sirey/Éditions Dalloz, 1997.
- RIVERO, Jean. "Droit Administratif Français et Droits Administratifs étrangers". *Pages de Doctrine* II/476. Paris, 1980.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "Aspectos sociais do Direito Administrativo contemporâneo". *Revista de Informação Legislativa* 106/75-80. Ano 27. Brasília, Senado Federal, abril-junho de 1990.
- _____. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviços Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- _____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.
- ROCHA, Fernando Antônio Dusi. "Possibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos". *Revista Licitar* 1/24-33. São Paulo, Tebar, 1997.
- ROSSI, Giampaolo. "Pubblico e privato nell'economia di fine secolo". In: AMOROSINO, Sandro (org.). *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1995.
- ROTH, André-Noël. "O Direito em crise: fim do Estado Moderno?". In: FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo, Cia. das Letras, 1987.
- RUA, Maria das Graças. "A independência do Banco Central: administração ou política?". In: DINIZ, Eli, e AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília, UnB, 1997.

- RUFFILLI, Roberto. "Gli ultimi sviluppi del dibattito sullo Stato nell'età contemporanea". In: RUFFILLI, Roberto (org.). *Crisi dello Stato e Storiografia Contemporanea*. Bolonha, Il Mulino, 1979.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. "Principio de subsidiaridad y principio de antissubidiaridad". *Jurisprudencia Argentina* 2/775 e ss. 1980.
- SALDANHA, Néelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo, Saraiva, 1987.
- _____. "Revolução Francesa e pensamento jurídico-político contemporâneo". *Revista de Informação Legislativa* 105/173-180. Ano 27. Brasília, Senado Federal, janeiro-março de 1990.
- SALOMONI, Jorge Luís. "Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994". *Actualidad en el Derecho Público* 7/91-125. Buenos Aires, *Ad-Hoc*, maio-agosto de 1998.
- SANDULLI, Aldo. "Il procedimento amministrativo". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Porto, Afrontamento, 1989.
- _____. "Notas sobre a história jurídica e social de Pasárgada". In: SOUTO, Cláudio, e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito*. São Paulo, Pioneira, 1980.
- _____. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- _____. *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto, Afrontamento, 1990.
- _____. "O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito". *Revista Crítica de Ciências Sociais* 30/13-43. Junho de 1990.
- _____. "Os fascismos sociais". *Folha de S. Paulo* 6.9.1998 (p. A-3).
- _____. "Os Tribunais e a Globalização". *O Estado de S. Paulo* 23.11.1996 (p. A-2).
- _____. *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo, Cortez, 1997.
- SANTOS, Maria Helena de Castro. "Governabilidade, governança e Democracia: criação de capacidade governativa e relação Executivo/Legislativo". *DADOS - Revista de Ciências Sociais* 40-3/335-376. Rio de Janeiro, 1997.
- SAYER, Derek. *Capitalismo y Modernidad*. Buenos Aires, Editorial Losada, 1995.
- SCHIMITT, Carl. *Théologie Politique. Quatre Chapitres sur La Théorie de la Souveraineté*. Paris, Gallimard, 1988.
- SCHIMITTER, Philippe. "Democratic theory and neocorporatist practice". *Social Research* 50. Nova York, New School of Social Research, 1983.

- SCHWARTZ, Gilson. "Estado e soberania na era do *know-ware*". *Revista do Serviço Público* 118. Ano 45. Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, setembro-dezembro de 1994.
- SELZNICK, Philip. "Focusing organizational research on regulation". *Regulatory Policies and the Social Sciences*. Berkeley, University of California Press, 1985.
- _____, e NONET, Philippe. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Nova York, Harper and Row, 1978.
- SENET, Richard. *O Declínio do Homem Público*. São Paulo, Cia. das Letras, 1988.
- SIERVO, Ugo de, e CARETTI, Paolo. *Potere Regolamentare e Strumenti di Direzione dell'Amministrazione*. Bolonha, Il Mulino, 1991.
- SILVA, Almiro do Couto e. "O indivíduo e o Estado na realização de tarefas públicas". *RDA* 209/43-70. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro de 1997.
- SILVA, José Afonso da. "A Constituição e sua revisão". *Cadernos Liberais* IV-XCI/6 e ss.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. 20ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- SINGER, Paul. "Globalização positiva e globalização negativa: a diferença é o Estado". *Novos Estudos CEBRAP* 48/29-65. São Paulo, Centro Brasileiro de Análises e Planejamento, junho de 1997.
- _____. "O Estado Nacional é um imperativo democrático". *Folha de São Paulo* 19.3.1995 (2º Caderno, p. 2).
- SOBRANES, José Luís. *Tendencias Actuales del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SOLER, Sebastián. "La idea de 'bien común'". *Derecho, Filosofía y Lengua-je: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires, Astrea, 1976.
- SOUTO, Cláudio, e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito*. São Paulo, Pioneira, 1980.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. v. 2. São Paulo, EPU/EDUSP, 1976.
- STIRN, Bernard. *Les Sources Constitutionnelles du Droit Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.
- SUBRÁ, Pierre. "El nuevo Derecho Administrativo". In: CARCASSONNE, Guy (org.). *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. "A Administração Pública na era do direito global". In: SUNDFELD, Carlos Ari, e VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- _____. "A importância do procedimento administrativo". *RDP* 20/64-74, n. 84. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1987.
- _____. "Declaração de desnecessidade de cargos públicos". *RTDP* 6/128. São Paulo, Malheiros Editores, abril-junho de 1994.

- _____. "Empresa estatal pode exercer o poder de polícia". *Boletim de Direito Administrativo* fevereiro de 1993. São Paulo, NDJ (pp. 98 e ss.).
- _____. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- _____. "Procedimento administrativo de competição". *RDP* 20/114-119, n. 83. São Paulo, Ed. RT, julho-setembro de 1987.
- _____. "Reforma do Estado". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/116 e ss. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro de 1996.
- _____, e VIEIRA, Oscar Vilhena (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- SWEETZ, Paul M. "The triumph of financial capital". *Monthly Review* 46, n. 2. Nova York, 1994.
- _____, e DOBB, Maurice. In: HILTON, Rodney (org.). *La Transición del Feudalismo al Capitalismo*. 5ª ed. Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- TÁCITO, Caio. "Evolução histórica do Direito Administrativo". *Temas de Direito Público*. v. 1. Rio de Janeiro, Renovar, 1997 (p. 3).
- _____. "Transformações do Direito Administrativo". *Boletim de Direito Administrativo* 2/82. São Paulo, NDJ, fevereiro de 1999.
- TESTONI, Saffo. "Vontade geral". In: BOBBIO, Norberto, e outros. *Dicionário de Política*. Brasília, UnB, 1986.
- TEUBNER, Gunther. "After legal instrumentalism? Strategic models of port-regulatory law". In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1986 e 1995.
- _____. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TOJAL, Sebastião B. Barros. *Contribuição para uma Revisão Epistemológica da Teoria Geral do Estado*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, mimeo, 1991.
- _____. "Natureza jurídica do serviço funerário". *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* 64/38-45. Setembro-dezembro de 1990.
- TORCHIA, Luisa. "Gli interesse affidati alla cura delle autorità indipendenti". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *I Garanti della Regole*. Bolonha, Il Mulino, 1996.
- _____. *Il Controllo Pubblico della Finanza Privata*. Pádia, CEDAM, 1992.
- _____. "La nuova Costituzione Economica". In: CASSESE, Sabino, e FRANCHINI, Claudio (orgs.). *L'Amministrazione Pubblica Italiana*. Bolonha, Il Mulino, 1994.
- TORON, Alberto Zacharias. *Crimes Hediondos: o Mito da Repressão Penal*. São Paulo, Ed. RT, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos". *Arquivos*

- do Ministério da Justiça 46/27-54, n. 182. Brasília, julho-dezembro de 1993.
- TUORI, Kaarlo, e AARINO, Aulis (orgs.). *Law, Morality and Discursive Rationality*. Helsinki, Department of Public Law/Un. of Helsinki, 1989.
- VACA, Giuseppe. "Estado e mercado, público e privado". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 24/151-164. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1991.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. "Crisis y transformación del Estado Moderno". In: CARCASSONNE, Guy (org.). *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.
- VELA, Cesar D. Ciriano. "Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados". In: MARTÍNEZ, Eduardo Hinojosa, e DOMÍNGUEZ, Nicolás González-Deleito (coords.). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madri, Civitas, 1996.
- VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves, e LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 13ª ed., t. I. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- VIEGA, João Paulo, MARIANO, Karina Lília P., e VIGEVANI, Tullio. "Realismo versus globalismo nas relações internacionais". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 34/5-25. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1994.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- _____, e SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Direito Global*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- VIGEVANI, Tullio, VIEGA, João Paulo, e MARIANO, Karina Lília P. "Realismo versus globalismo nas relações internacionais". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 34/5-25. São Paulo, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1994.
- VILLORO, Miguel. "Tres sentidos de la palabra 'soberanía'". *Revista de la Facultad de Derecho de México* XII/682, n. 48. México, UNAM, outubro-dezembro de 1962.
- WALD, Arnoldo. "A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional". *Revista de Informação Legislativa* 97/103-110, n. 97. Ano 25. Brasília, Senado Federal, janeiro-março de 1988.
- _____. "Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza". *RDA* 202/43-47. Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro de 1995.
- _____, e outros. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo, Ed. RT, 1996.
- WALKER, Lucy. "Evil regimes to be refused cash". *The European* 25-27.1.1991, p. 7 (apud IANNI, Octávio. *A Sociedade Globalizada*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1993).

- WALLERSTEIN, Immanuel. *The Politics of the World-Economy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- WATSON, D. J., e HEILMAN, J. G. "Publicization, privatization, synthesis, tradition: options for public/private configuration". *International Journal of Public Administration* 16/107-137, n. 1. 1993.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. 2ª ed., 1ª reimpr., trad. de J. M. Echevarría, J. R. Parella, E. Imaz, E. García Máynez e J. F. Mora. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- WELLMER, Albrecht. *Sobre la Dialéctica de Modernidad y Postmodernidad*. Madri, Visor, 1993.
- WINCKLER, Antoine. "Public et privé: l'absence de préjugé". *Archives de Philosophie du Droit* 41/301-315. Paris, Sirey/Éditions Dalloz, 1997.

Impressão e acabamento:
GRÁFICA PAYM
Tel. (011) 4392-3344

OBRAS DE DIREITO
ADMINISTRATIVO
DESTA EDITORA

- ASPECTOS DA TEORIA GERAL NO DIREITO
ADMINISTRATIVO (2001)
– HERALDO GARCIA VITTA
- DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
(2ª ed., 3ª tir., 2001) – WEIDA ZANCANER
- CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO
(14ª ed., 2002) – CELSO ANTÔNIO
BANDEIRA DE MELLO
- CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO
(5ª ed., 2001) – LUCIA VALLE FIGUEIREDO
- DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
(27ª ed., 2002) – HELY LOPES MEIRELLES
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (2001)
– FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
– Questões polêmicas e atuais (2001)
– CÁSSIO SCARPINELLA BUENO e PEDRO PAULO
DE REZENDE PORTO FILHO (Orgs.)
- LICENÇA URBANÍSTICA (2001)
– MÁRCIA WALQUIRIA BATISTA DOS SANTOS
- A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A
BOA-FÉ DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
(O conteúdo dogmático da moralidade
administrativa) (2002)
– JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI
- PROBIDADE ADMINISTRATIVA
(4ª ed., 2000) – MARCELO FIGUEIREDO
- PROCESSO ADMINISTRATIVO
(1ª ed. 2ª tir., 2002) – SÉRGIO FERRAZ e
ADILSON ABREU DALLARI (Coords.)
- REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO
(2002) – DANIELE COUTINHO TALAMINI
- SANÇÕES ADMINISTRATIVAS (2001)
– DANIEL FERREIRA

0480



REGULAÇÃO ESTATAL E INTERESSES PÚBLICOS

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

O tema central deste trabalho são as transformações vividas pelo Direito Público.

Entendido como instrumento da ação estatal, esse ramo de direito sofre o impacto das recentes transformações do Estado em suas relações com a sociedade e com a economia.

Paralelamente, o livro desenvolve uma profunda reflexão em torno do conceito de “interesse público”. O Autor defende a impossibilidade de se sustentar hoje a idéia de um interesse público único e absoluto. Em seu lugar propõe a aceitação da existência de vários interesses públicos, legítimos, que devem ser articulados e mediados pela ação estatal. E isso torna necessário o surgimento de uma nova Administração Pública e de um novo Direito Administrativo.

Daí a inserção de novos mecanismos e instrumentos jurídicos, que são apresentados como causa e consequência desse processo – as agências reguladoras, as leis de processo administrativo e os instrumentos de participação do administrado na ação estatal – que são analisados como consequência desse processo mais profundo por que passa o Estado e a Sociedade.

MALHEIROS
EDITORES

ISBN 85-7420-358-0



9 788574 203584